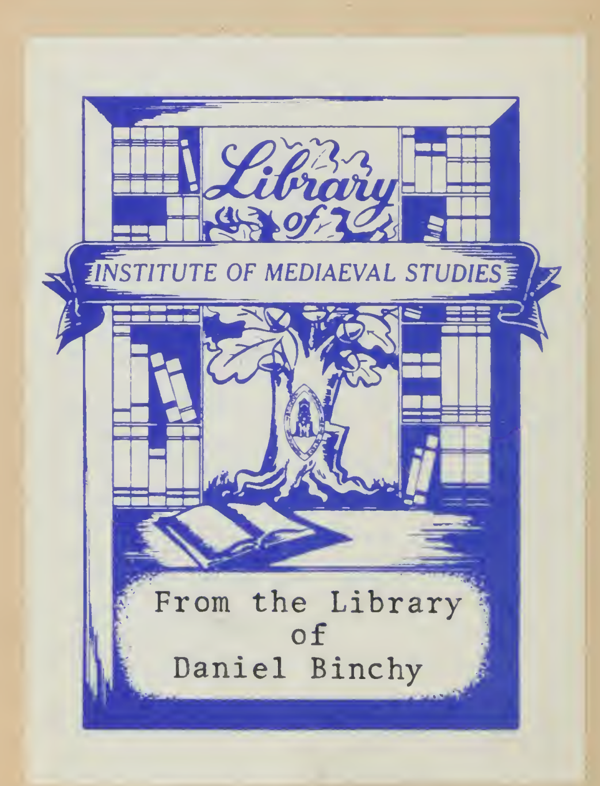



Library of
INSTITUTE OF MEDIAEVAL STUDIES
From the Library
of
Daniel Binchy



ZEITSCHRIFT

FÜR

VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. FRANZ BERNHÖFT
o. ö. Professor an der Universität Rostock

Dr. GEORG COHN
o. ö. Professor an der Universität Zürich,
correspond. Mitglied der R. Accademia di
Scienze, Lettere ed Arti di Padova

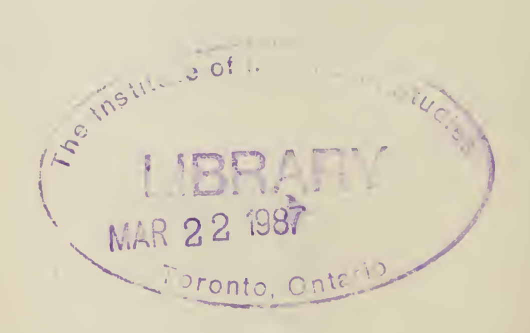
UND

Dr. JOSEF KOHLER
o. ö. Professor an der Universität Berlin, Geh. Justizrat, Auswärtigem Mitgliede des Königl. Institute voor de Taal-Land-en Volkenkunde van Nederlandsch Indië, Correspondirendem Delegirten der Société Académique Indo-Chinoise zu Paris, Correspondirendem Mitglied der Société de Législation comparée in Paris und der Genootschap van kunsten en wetenschappen in Batavia, Ehrenmitglied des Istituto di Storia del Diritto Romano an der Universität Catania, Mitglied der Gesellschaft für Rheinische Geschichtskunde in Köln, LL.D. der Universität Chicago, Auswärtiges Mitglied der Utrechter Genossenschaften für Künste u. Wissenschaft.

EINUNDZWANZIGSTER BAND.



STUTTGART.
VERLAG VON FERDINAND ENKE.
1908.



Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

Inhalt.

I.

Russisches Recht.

Vormundschaftsrecht, Patentlizenz, Rücktritt, Vertragsstrafe.

Ein Gutachten

von

Dr. F. K. Neubecker,
Privatdozent an der Universität Berlin.

I. Tatbestand und Thema.

1. Zwei Vettern, Leo und Josef Stein aus Charkow, erwarben von jemand ein österreichisches Patentverfahren (Petroleumglühlicht), für das sie auch in Rußland Patentierung nachsuchten und erlangten.

Beide Vettern schlossen mit Beck in Moskau einen Patentexploitierungsvertrag, in dem unter anderem bestimmt wurde, daß Beck die alleinige Vertretung des Patentes für Rußland haben solle, anderseits aber auch alle Teile zu den Brennern und Lampen von den Steins beziehen müsse. Später wurde ein Zusatzvertrag geschlossen, kraft dessen Beck diese Zutaten sich überall unter Zahlung einer Kommissionsgebühr von 25 % verschaffen durfte.

Außerdem wurde in dem ersten Vertrage bestimmt [1]):

---

[1]) Und zwar nach der beglaubigten Uebersetzung, welche von keiner Partei beanstandet worden war, weder in der ersten noch in der zweiten Instanz.

„Bis zum 1. Januar 1900 hat Beck nicht das Recht, von diesem Vertrage zurückzutreten, widrigenfalls er ein ‚Reugeld‘ von 20000 Rubel zu zahlen hat.“

Der Vertrag wurde in russischer Sprache abgefaßt und vom russischen Konsul in Berlin beglaubigt.

Beck war mit den Lieferungen teilweise nicht zufrieden, bemängelte manches und verbat sich schließlich jede weitere Sendung wegen Unbrauchbarkeit der bis dahin gelieferten Stücke.

Nunmehr klagte Josef Stein, der in Berlin seinen Wohnsitz genommen hatte, gegen Beck in Moskau auf Schadenersatz und Zahlung der 20000 Rubel „Reugeld“ — und zwar erhob er die Klage in Berlin [2]).

Beck bestritt die Sachlegitimation des Josef Stein, da er mit den beiden Vettern Josef und Leo Stein kontrahiert habe.

Leo Stein war kurz vorher in Charkow verstorben und hatte als gesetzliche Erben hinterlassen: Seine Frau Fanny Stein, zwei volljährige Söhne und einen 15jährigen Sohn Alexis.

Frau Fanny Stein war zum „Vormund über die Erbschaft“ und zum Vormund ihres Sohnes Alexis durch Ukas des Charkower Waisengerichts bestellt worden — und hatte sodann in ihrem eigenen Namen sowie als „Vormünderin der Erbschaft“ und als „Vormünderin des Alexis Stein“ die Rechte des Leo Stein an Josef Stein abgetreten. Außerdem war diese Zession seitens der beiden großjährigen Söhne des Leo Stein erfolgt.

Auf diese Zession der Rechte des Leo Stein durch dessen Hinterbliebene berief sich der Kläger Josef Stein. Das Gericht ließ diese Klageänderung zu — und nunmehr bestritt der Beklagte die Rechtsgültigkeit der Zession.

In der Sache selbst leugnete er jedes Recht des Klägers auf Schadenersatz, da er mit Recht zurückgetreten sei, bezw. die Annahme der Lieferungen verweigert habe, ferner be-

---

[2]) Es war eine Widerklage. Forum reconventionis.

hauptete er, daß jedenfalls nicht „Reugeld“ und Schadenersatz zugleich gefordert werden könne.

Dies in Kürze die Hauptelemente des Tatbestandes, dessen Einzelheiten zum Teil ziemlich verwickelt waren.

2. Das Gericht erster Instanz war der Ansicht, daß sämtliche Rechtsfragen nach russischem Rechte zu entscheiden seien. Die Parteien waren der Staatsangehörigkeit oder dem Wohnsitze nach Russen; sie schlossen den Vertrag in russischer Sprache und ließen ihn vom russischen Konsul beglaubigen. Gegenstand des Vertrages war die Exploitierung eines russischen Patentes und die Vertreibung bestimmter Waren in Rußland.

Daß die mit der Zession zusammenhängenden Fragen nach russischem Rechte zu entscheiden waren, war nicht zu bezweifeln, da es sich um die Erbschaft eines in Rußland wohnhaft gewesenen russischen Untertanen (des Leo Stein), und um eine nach russischem Rechte von einer russischen Behörde über einen minderjährigen russischen Staatsangehörigen errichtete Vormundschaft handelte.

Das Gericht zweiter Instanz war derselben Meinung, daß in jeder Hinsicht russisches Recht zur Anwendung zu gelangen habe.

Im Laufe des Prozesses waren verschiedene Gutachten seitens der Parteien über die Rechtsgültigkeit der Zession beigebracht worden; sie ergaben widersprechende Resultate. Ueber die anderen Punkte lagen gutachtliche Aeußerungen nicht vor.

Verfasser erhielt nun seitens des Gerichtes zweiter Instanz den Auftrag, nach näher bezeichneten Gesichtspunkten mit Bezug auf die früheren Gutachten und auf die Akten ein Gutachten über die Hauptfragen abzugeben, nämlich: 1. ob die Zession rechtsgültig sei, 2. ob Rücktritt von dem Patentlizenzvertrag stattfinden dürfe, 3. ob das „Reugeld“ von 20000 Rubel neben der Erfüllung bezw. neben dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden könne.

II. Gutachten.

1. Die Gültigkeit der Zession.

a) Im Vordergrunde der Betrachtung steht die Frage der vormundschaftlichen Genehmigung: Sind an den Kläger Josef Stein die Rechte seines Vetters Leo Stein aus dem Vertrage vom 28. September 1898 mit dem Beklagten Beck rechtswirksam übertragen?

Am 13. Februar 1899 starb Leo Stein in Wien. Er hinterließ als gesetzliche Erben:

1. seine Witwe Fanny Stein,
2. den Sohn Dimitri,
3. den Sohn Appollon,
4. den 15jährigen Sohn Alexis.

Die Witwe wurde zum „Vormund über die Erbschaft“ und ihren Sohn Alexis durch Ukas des Charkower Waisengerichts (Waisenamtes, s. u.) vom 5. Mai 1899 bestellt. Am 9. September 1899 erfolgte dann die obengenannte Zession durch Fanny Stein im eigenen Namen, sowie als „Vormund der Erbschaft“ und als „Vormund des Alexis Stein“; sie erfolgte ferner durch Demetrius Stein und Appollon Stein.

Nach dem Tode von Fanny Stein wurde am 11. Februar 1903 Dimitri Stein zum „Vormund über das Vermögen des Leon Stein“ bestellt; er bestätigte als solcher die Zession und erwirkte noch drei weitere Ukase des Charkower Waisengerichts (Waisenamts).

Nachdem die Klageänderung zugelassen, dreht sich der Streit um die Wirksamkeit der Zession nach russischem Recht.

In Betracht kommt zuerst die Stellung der Mutter Fanny Stein als „Vormund“ ihres damals etwa 15jährigen Sohnes Alexis.

Der 15jährige Sohn war geschäftsunfähig.

Bezüglich der Minderjährigen unterscheidet man im russi-

schen Recht gewöhnlich nach dem Vorgang des Gesetzes (Art. 213) drei Altersstufen [3]:

1. Von der Geburt bis zum 14. Jahr,
2. vom 14. bis zum 17. Jahr,
3. vom 17. bis zum 21. Jahr.

Die beiden ersten Altersstufen charakterisieren sich durch völlige Geschäftsunfähigkeit [4]. Nur ein Recht steht dem Unmündigen von 14 Jahren zu: er darf sich selbst einen „Pfleger“ (popjetschitjel) wählen [5]. Dies ändert aber nichts an seiner rechtlichen Stellung [6]: er bleibt genau so geschäftsunfähig wie vorher. Und dieser vom 14jährigen Unmündigen gewählte „Pfleger“ unterscheidet sich in nichts — als höchstens in dem Namen [7] — von einem sonstigen „Vormund“ [8] [9] [10].

---

[3]) Vgl. auch Leuthold, Russische Rechtskunde, S. 70.

[4]) Vgl. Мейеръ, Русское гражданское право, S. 65, 120. — Дювернуа, Чтенія, S. 318. — Шершеневичъ, Учебникъ гражданскаго права, S. 79. Die Frage ist insofern streitig, als manche diese Minderjährigen erwerbsfähig sein lassen wollen (vgl. § 107 Deutsch. B.G.B.). Dagegen spricht sich aber deutlich aus Побѣдоносцевъ, Курсъ III, S. 36.

[5]) Анненковъ, Система русскаго граж. права I, S. 188. Dort auch Literatur. — Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права II, S. 219. — Дювернуа, Чтенія, S. 318. — Шершеневичъ, Учебникъ гражданскаго права, S. 79. Ob auch, wenn ein Elternteil „Vormund“ ist? Siehe darüber Побѣдоносцевъ II, S. 219.

[6]) Анненковъ, Система русскаго гражд. права I, S. 188. — Побѣдоносцевъ, Курсъ II, S. 220. — Шершеневичъ, Учебникъ, S. 79. — Договорное право по рѣш. касс. сената, S. 13.

[7]) Побѣдоносцевъ, Курсъ II, S. 220 hebt hervor, daß die Terminologie nicht streng durchgeführt wird. Vgl. dazu auch Art. 222 Гр. Ул.

[8]) Мейеръ, Русское гражд. право, S. 65: попечитель, который до 17-лѣтняго возраста опекаемаго состоитъ на правахъ опекуна. Vgl. Дювернуа, Чтенія, S. 318. — Шершеневичъ, Учебникъ, S. 79.

[9]) Das Gegenteil ist behauptet worden von Isatschenko: der 14jährige sei geschäftsfähig und bedürfe nur der Zustimmung seines Pflegers. Wäre dem so, so hätte der 15jährige Alexis Stein die Zession selbst vornehmen müssen unter Zustimmung seiner Mutter-Pflegerin. Einer Senatsgenehmigung bedurfte es dann nicht.

Anderseits aber hätte die Mutter auch keinerlei Vertretungs-

Im Gegensatz zu den Unmündigen[11]) bis zum 17. Jahr stehen die Minderjährigen vom 17. bis zum 21. Jahr; ihnen steht die Verwaltung ihres Vermögens zu, wie der Artikel 220 Гражд. Ул. bestimmt[12]).

Aber das Verwaltungsrecht des Minderjährigen ist nicht völlig frei und selbständig; er bedarf zu vielen Rechtsgeschäften[13]) der Zustimmung seines Pflegers[14]). —

Den Vater überlebte die Mutter des Alexis Stein: so entsteht die Frage nach der elterlichen Gewalt überhaupt und insbesondere der Mutter.

Nach russischem Recht ist die elterliche Gewalt nur eine persönliche[15]).

Die Sorge für das Vermögen, die Vertretung des Kindes in vermögensrechtlicher Beziehung steht den Eltern kraft elter-

---

macht gehabt. — Die Ansicht Исаченко's ist aber allgemein verworfen. Анненковъ I, S. 188.

[10]) Daß die Abgrenzung von опека und попечительство in Gesetz und Literatur überhaupt viel zu wünschen übrig läßt, betont Annenkoff mit Recht an mehreren Stellen (Bd. V S. 256, 301, 311, 317, 375), wie auch sonst viel über Ungenauigkeit und Unklarheit der russischen Gesetze geklagt wird. — Ueber die Fälle der Unklarheit und Lückenhaftigkeit der Gesetze s. Leuthold, Russische Rechtskunde, S. 9, 302.

[11]) Малолѣтніе - Несовершеннолѣтніе. Die Terminologie ist nicht streng durchgeführt. Vgl. Art. 213, Anm.

[12]) Und zwar steht dem 17jährigen ohne weiteres die Verwaltung seines Vermögens zu; es bedarf nicht etwa einer Aufhebung der Vormundschaft. Vgl. Анненковъ, Система V, S. 363, 367; vgl. S. 383. — Касс. Рѣш. 1879, Nr. 270. — Шершеневичъ, Учебникъ, S. 624. — Договорное право по рѣш. касс. сената, 1880, S. 19. — Vgl. Дювернуа, S. 318; Мойеръ, S. 65. Ob Мейеръ S. 634 anderer Ansicht ist? Es scheint so, wenigstens nach der allgemeinen Formulierung.

[13]) Im einzelnen ist vieles zweifelhaft. Vgl. Шершеневичъ, Учебникъ, S. 80. Neubecker, Die Geschäftsfähigkeit im internationalen und russischen Privatrecht, Zeitschr. f. vergl. Rechtsw., Bd. XX, S. 268 ff.

[14]) Für die Frage der Bestätigung der Zession ist der Punkt bedeutsam. Großjährig (volljährig) aber ist der Siebzehnjährige nicht, wie in den Prozeßakten behauptet wurde.

[15]) Art. 178, 179. Гражд. Улож.

licher Gewalt jedoch nicht zu[16]), vielmehr bestimmt Art. 180, daß die Eltern während der Minderjährigkeit der Kinder das diesen gehörende Vermögen nach Vormundschaftsrecht verwalten[17]). Dazu bedarf es einer Bestellung durch die zuständige Vormundschaftsbehörde[18]).

Die Eltern haben nur das Recht, zum Vormund in erster Linie ernannt zu werden, sie sind berufen: und zwar bei Lebzeiten beider Eltern der Vater[19]), nach dessen Tod die Mutter[20]).

Ist ein Elternteil zum Vormund bestellt, so hat er dieselbe Stellung wie ein anderer Vormund[21]), insbesondere auch, wie das Gesetz hervorhebt, bezüglich des „Verkaufs" von Vermögen.

Die Organe der staatlichen Obervormundschaft, denen die Bestellung und Beaufsichtigung der Vormünder obliegt, sind nach „ständischem Prinzip" gebildet[22]). Die Organe sind also verschieden, je nachdem welchem Stande ein Mündel angehört[23]), ob dem Adel, Bauernstand, Kaufmannsstand u. s. w.

---

[16]) Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права II, S. 187. — Мейеръ, Русское гражд. право, S. 611/12. — Шершеневичъ, Учебникъ гражданскаго права, S. 601. — Растеряевъ, Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ, S. 101.

[17]) Vgl. Leuthold, Russische Rechtskunde, S. 69.

[18]) Побѣдоносцевъ, Курсъ II, S. 188; S. 221, Z. 10 v. u. — Шершеневичъ, S. 601; S. 602: Родители не утвержденные опекунами не вправѣ распоряжаться имуществомъ дѣтей и представлять ихъ интересы на судѣ (Касс. рѣш. 1870, Nr. 1344). Aber außer im Falle der Not, wie Загоровскій, Курсъ семейнаго права, S. 276, unter Anführung von Kassationsentscheidungen hervorhebt. Vgl. auch Анненковъ, Система V, S. 264 a. E.; 267 a. E.; 269 i. d. Mitte; 270 a. E.; 275 a. E.; 376 a. E. und Senatsentscheidungen daselbst. Irreführen kann die Formulierung bei Leuthold, Russische Recktskunde, S. 71.

[19]) Art. 226.

[20]) Art. 229.

[21]) Art. 294. Побѣдоносцевъ II, S. 187 a. E.

[22]) Das gilt nicht für die Vormünder. Побѣдоносцевъ, Курсъ II, S. 223. Vgl. Анненковъ, Система V, S. 270.

[23]) Damit ist das Vormundschaftsrecht sehr zersplittert, wie Побѣдоносцевъ II, S. 216, bemerkt. In der Hauptsache freilich kommen zwei Behörden (für die Stadt und für das Land), daneben noch die Vormundschaft für den Adel in Betracht.

Ueber die minderjährigen Waisen städtischer Bewohner überhaupt steht die Aufsicht dem „städtischen Waisengericht" (Gorodowoj Sirotskij Sud) zu[24]); auch über die Kinder von Kaufleuten[25]).

Danach ist das Charkower Waisengericht[26]) im vorliegenden Fall das für Bestellung und Beaufsichtigung des Vormundes zuständige Vormundschaftsorgan, und Frau Fanny Stein Witwe ist ordnungsgemäß zum „Vormund" ihres Sohnes Alexis bestellt worden.

Welche Stellung sie damit einnahm, ist nicht erschöpfend darzulegen. Die Frage ist, ob sie danach befugt war, im Namen ihres Sohnes Alexis etwas zu dessen Vermögen Gehöriges zu veräußern, ob sie zu der in Frage stehenden Zession berechtigt war.

Grundsätzlich[27]) ist der Vormund zur Vertretung des

---

[24]) Art. 238.

[25]) Сводъ законовъ, Bd. II, Art. 1182.

[26]) Engelmann, Staatsrecht des Kaisertums Rußland, S. 118: „Das Stadtwaisengericht besteht unter dem Vorsitz des Stadthauptes aus drei oder mehr Beisitzern, gewählt auf drei Jahre von den Korporationen (soslowija) der Kaufleute, zünftigen Handwerksmeister und Kleinbürger. Wenn das Stadthaupt den Vorsitz nicht übernimmt, wird von der allgemeinen Versammlung aller drei Korporationen ein Waisengerichtspräsident gewählt und vom Gouverneur bestätigt." Dies entspricht der Bestimmung in Art. 1181 des Bd. II des Swod sakonoff. Leuthold, Russische Rechtskunde, 1889, spricht — ohne die Zusammensetzung zu erwähnen — von Waisenamt (S. 71 und im Sachregister), auch von Waisengericht (S. 53). Formell korrekt übersetzt ist Waisengericht; sachlich besser eigentlich Waisenamt. Mit dem Ausdruck Waisengericht verbindet sich die Vorstellung einer Behörde, gleich dem deutschen Vormundschaftsgericht, was doch nach Art der Bestellung der Mitglieder wie auch nach ihrer Qualifikation nicht stimmt. — Daß dieses Waisengericht jedenfalls keine juristische Autorität, auch nicht über russisches Recht, beanspruchen darf, ist wohl klar. (Das war im Prozeß behauptet worden.)

[27]) Мейеръ, Русское гражд. право, S. 630. — Шершеневичъ, Учебникъ гражданскаго права, S. 621. — Анненковъ, Система V, S. 301.

Mündels[28]) und zur Verwaltung des Mündelvermögens befugt; in der Verfügung aber ist er beschränkt.

Maßgebend ist hier der Art. 277[29]) Гражд. Чложеніе, der in der Uebersetzung von Klibanski[30]) im ganzen zutreffend wiedergegeben ist. Der Artikel bestimmt:

1. Rasch verbrauchbare Sachen kann der Vormund ohne besondere Genehmigung „verkaufen“.

2. Der „Verkauf“ (продажа) von Sachen, welche dem Verderben nicht ausgesetzt sind, wie Silber, Gold und Edelsteine, ist nur in besonderen Fällen zulässig (auf die hier nicht einzugehen ist). Der „Verkauf“ solcher Sachen erfolgt in der für unbewegliches Vermögen bestimmten Ordnung.

3. Der „Verkauf“ unbeweglicher Vermögensstücke ist nur in bestimmten Fällen (auf die ebenfalls nicht eingegangen zu werden braucht) zulässig. „In allen Fällen der Notwendigkeit des Verkaufs von Vermögen von Minderjährigen wird der Vormund bei der Adelsvormundschaft oder dem Waisengericht vorstellig, welche darüber an den Gouverneur berichten, und dieser letztere bringt die Sache mit seinem Beschluß an den Dirigierenden Senat. Der ohne die Genehmigung des Senates erfolgte „Verkauf“ solchen Vermögens wird vernichtet (unitschtoshajetsja, уничтожается) und für den dem „Käufer“ durch Vollziehung der Kaufurkunde zugefügten Schaden ist die Gerichtsbehörde verantwortlich, welche ihre Vollziehung zuließ.“

(4. Dieser Punkt ist hier bedeutungslos.)

Darnach unterscheidet das Gesetz 3 Arten von Sachen:

1. Rasch verderbliche[31]).

---

[28]) Im Gegensatz zum eigentlichen „Pfleger“.

[29]) Vgl. Мейеръ, S. 631 (dürftig). — Шершеневичъ, S. 622 f. (ungenau). — Анненковъ V, S. 298 ff. — Растеряевъ, S. 89. Vgl. auch Art. 1394. Dazu Анненковъ, Bd. IV, S. 67.

[30]) „Kodex des Zivilrechts“ (Russisches Zivilgesetzbuch). Berlin, Gottheiner, 1902.

[31]) Vgl. Гражданское Уложеніе, Art. 405. — Васьковскій, Ччебникъ гражданскаго права, S. 88. — Анненковъ, Система I, S. 302 f., 403 ff.; V, 326. — Мейеръ, S. 631.

2. (Bewegliche), nicht leicht verderbliche Sachen (weschtschi, вещи).

3. Unbewegliche Sachen, „unbewegliche Vermögensstücke" (imenija nedwishimyja, имѣнія недвижимыя).

Das Gesetz spricht von „Sachen", weschtschi, вещи (Ziff. 1 und 2); aber auch von „Vermögen", „Vermögensstücken", imenije, imenija, имѣніе, имѣнія (Ziff. 3), und zwar sowohl generell (Ziff. 3, Satz 2 und 3), wie auch von „unbeweglichem" Vermögen (Ziff. 3, Satz 1).

Gemeint ist immer dasselbe, ob imenije, имѣніе (Vermögen, Vermögensstück; eigentlich „Habe"), oder weschtsch, вещь (Sache) gesagt wird[32]): es handelt sich um res, Vermögensbestandteile: demnach nicht nur um körperliche „Sachen", sondern auch um res incorporales, um Rechte. Im vorliegenden Falle stehen nun obligatorische Rechte eines Mündels in Frage: sie gehören zu der zweiten Kategorie von Sachen im Sinne des Artikels 277[33]).

Das Gesetz spricht vom „Verkauf" — prodasha, продажа. Hier steht in Frage eine „Zession"[34]).

So könnte man vielleicht geneigt sein, die Anwendbarkeit des Art. 277 zu bezweifeln und zu leugnen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß prodasha, продажа, nicht mit unserem deutschen „Verkauf" zu identifizieren ist. Den rein obligatorischen Verkauf bezeichnet man im geltenden russischen Recht mit saprodasha, запродажа[35]); prodasha,

---

[32]) Ueber die Terminologie Дювернуа, Утенія S. 552 ff. und die Motive zum Entwurf eines Obligationenrechts I, S. 394, Art. 186.

[33]) So auch Анненковъ, Система, Bd. V, S. 327, der ausdrücklich die Rechte, auch die obligatorischen, hervorhebt.

[34]) Sie ist grundsätzlich zulässig nach russischem Recht, wenn auch im Gesetz eine allgemeine Bestimmung fehlt. Шершеневичъ, Учебникъ, S. 374. — Анненковъ, Система III, S. 186 f. — Побѣдоносцевъ, Курсъ III, S. 235.

[35]) Diese Unterscheidung macht bei vormundschaftlichen Geschäften auch der Senat. Vgl. Анненковъ, Система V, S. 310. — Мартыновъ, Справочная книга для опекуновъ и попечителей 1904, S. 107. — Ueber продажа und запродажа s. auch Шершеневичъ, Курсъ торгов. права, S. 451 und Побѣдоносцевъ III, S. 323.

продажа, dagegen ist Veräußerung mit causa emptionis; prodasha, продажа, ist Prototyp der Veräußerung (ottschushdenije, отчужденіе [36]).

Der Gedanke des Art. 277 ist, der Vormund dürfe nur mit obervormundschaftlicher Genehmigung Mündelvermögen veräußern (weiter überhaupt: darüber verfügen, wie aus Art. 280 sich ergibt).

Sonach bedurfte die Zession im Namen des Mündels Alexis durch seine Mutter-Vormünderin der Genehmigung, und zwar der Genehmigung des Dirigierenden Senates [37]).

Man hat bestritten, daß der „Verkauf" — prodasha, продажа — die „Veräußerung" von beweglichem Vermögen solcher Genehmigung bedürftig sei und eine Genehmigung lediglich bei Immobiliarvermögen (Art. 277, Ziff. 3) für erforderlich erachtet. Diese Ansicht hat Annenkoff [38]) vertreten. Was er zur Begründung anführt, ist seltsam, und nichts weniger als stichhaltig. Daß der Senat abweichender Ansicht ist, bemerkt er selbst.

Man kann in der Tat nicht zweifeln, daß sowohl für die Veräußerung unbeweglicher Sachen, als auch für die Veräußerung beweglicher, nicht rasch verderblicher Sachen und Vermögensgegenstände durch den Vormund die Genehmigung des Senates erforderlich ist. Dies ergibt sich klar aus dem Wortlaut des Art. 277, Ziff. 2; es ergibt sich aber auch bis zur Evidenz — Annenkoff zieht dies freilich nicht in Betracht und auch bei anderen Schriftstellern habe ich keinen Hinweis

---

[36]) Diesen Ausdruck gebraucht auch Мейеръ, Русское гражд. право, S. 630. Ebenso Загоровскій, Курсъ семейнаго права, der S. 445 von распоряженіе und S. 446 von отчужденіе spricht. Vgl. auch Анненковъ V, S. 304, bes. 325 f. und insbesondere Анненковъ IV, S. 54 f. S. auch Motive zum Entwurf des Obligationenrechts I, S. 384, Art. 186.

[37]) So die offizielle Uebersetzung; eigentlich „Regierender Senat". Engelmann, Staatsrecht des Kaisertums Rußland, S. 46.

[38]) Bd. V, S. 333. Ob Шершеневичъ auch solcher Ansicht ist, ist nicht klar. Seine ganze Darstellung leidet an Ungenauigkeit.

darauf gefunden — aus Band II des Сводъ законовъ, Art. 1182, wo bestimmt ist, daß zur Zuständigkeit des städtischen Waisengerichts gehört:

(5.) „Die Eingabe unmittelbar an den Gouverneur, über den Verkauf (und die Verpfändung) des Vermögens der unter Vormundschaft stehenden Personen in den in Ziffer 2 (!!) und 3 des Art. 277 (und in Art. 280) der bürgerlichen Gesetze bestimmten Fällen“ [39]).

So ist also bei Zession von Forderungsrechten des Mündels Genehmigung erforderlich: und zwar Genehmigung des Dirigierenden Senates, um welche auf dem in Art. 277 und in Art. 1182 Bd. II des Сводъ законовъ bestimmten Wege ersucht wird. Nicht könnte etwa eine Genehmigung des Waisen„gerichts“ oder eines sonstigen obervormundschaftlichen Organs genügen: sie wäre einfach pro nihilo zu erachten [40]).

Daß dieser Weg lang und umständlich ist, ist nicht zu verkennen — aber dies ist geltendes russisches Recht [41]).

So bedarf also der „Verkauf“, die Veräußerung, im vorliegenden Fall die Zession der Genehmigung des Dirigierenden Senates. Das Veräußerungsgeschäft, das ohne die erforderliche Genehmigung vorgenommen wird, „wird vernichtet“; prodasha unitschtoshajetsja, продажа уничтожается [42]).

Das Gesetz sagt nicht: prodasha nitschtoshna, продажа ничтожна; der Verkauf ist nichtig, so daß man an eine

---

[39]) Daß auch bei Veräußerung beweglicher Sachen, welche raschem Verderb nicht ausgesetzt sind, Genehmigung des Dirigierenden Senates erforderlich sei, ist auch die Ansicht von Побѣдоносцевъ, Курсъ II, S. 277; Мейеръ, Русское гражд. право, S. 631; Загоровскій, Курсъ семейнаго права, S. 445. — Vgl. auch Leuthold, Russische Rechtskunde, S. 73.

[40]) Vgl. Senatsentscheidung vom Jahre 1883, Nr. 17.

[41]) Анненковъ, Bd. V, S. 327 hebt dies hervor. — So befremdlich der Weg auf den ersten Blick erscheinen mag — bedenkt man so mancherlei, so auch die oben angegebene Bildung des „Waisengerichts“, so kann man die Regelung begreifen.

[42]) Klibanski übersetzt: Der Verkauf wird „aufgehoben“.

„Nichtigkeit“ oder auch „Unwirksamkeit“ im Sinne des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches denken könnte.

Der Verkauf wird „vernichtet“: von wem, wie, unter welchen Voraussetzungen, wann und binnen welcher Frist, ja schließlich mit welchen Wirkungen — darüber sagt das Gesetz nichts.

Hier hat nun die Praxis des Kassationsdepartements des Dirigierenden Senates[43]) ergänzend eingegriffen. Er führt aus: die Bestimmung des Art. 277, Ziff. 3 sei zur Wahrung der Interessen der Mündel, nicht dritter Personen getroffen. Darum könne der Verkauf von Mündelvermögen ohne Genehmigung des Senates nicht dritten Personen zur Grundlage der Anerkennung der Unwirksamkeit eines solchen Verkaufes dienen[44]).

Annenkoff[45]) drückt sich noch bestimmter und klarer aus. Seiner Ansicht nach sind die genehmigungsbedürftigen Geschäfte in Ermangelung der Genehmigung anfechtbar (ospariwajemyj, оспариваемый, oporotschajemyj, опорочаемый).

---

[43]) Zur Stellung des Senats vgl. Zivilprozeßordnung, Уставъ гражданскаго судопроизводства, Art. 815.

[44]) Мартыновъ, Справочная книга для опекуновъ и попечителей, S. 107. — Касс. Рѣшеніе, 1875, Nr. 973. Diese Entscheidung entspricht der allgemeinen Regel des russischen Rechtes, daß „nichtig“ (im deutschen Sinne) die Geschäfte sind, welche gegen das öffentliche Interesse verstoßen, Rechtsgeschäfte dagegen, welche private Interessen verletzen (im Sinne des deutschen Rechtes), anfechtbar (bezw. relativ nichtig, unwirksam) sind. Мейеръ, Русское гражданское право, S. 169. — Шершеневичъ, Учебникъ гражданскаго права, S. 147. — Васьковскій, Учебникъ гражданскаго права, S. 138. — Анненковъ, Система русс. гражд. права I, S. 511, 515, 518, 525, 528. — Растеряевъ, Недѣйствительность юрид. сдѣлокъ, S. 22, 37. — Договорное право, S. 41. — Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права III, S. 32. — Vgl. auch die Grundsätze des französischen Rechts bei Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, S. 242. — Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, S. 189 ff. Ebenso steht es nach italienischem Recht. Vgl. Chironi-Abello, Trattato di diritto civile italiano, Bd. I. Parte generale, 1904, S. 78.

[45]) Анненковъ, Система, Bd. I, S. 528; Bd. V, S. 332 ff.

Die Anfechtung kann erfolgen durch den Mündel selbst nach erlangter Geschäftsfähigkeit oder durch den Vormund oder Pfleger.

Die Form ist aber nicht eine private Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner, wie nach deutschem Rechte grundsätzlich wenigstens anzufechten ist; die Anfechtung erfolgt vielmehr im Wege der Klage, die sich richtet auf „Vernichtung“, „Aufhebung“ des Geschäftes durch das Gericht[46]).

Solange nun die Anfechtung nicht erfolgt ist, ist das Geschäft vollkommen gültig. Von einer Anfechtung der anfechtbaren Zession ist im vorliegenden Falle nicht die Rede — sie ist also trotz des Mangels der Genehmigung des Dirigierenden Senates gültig und wirksam.

Ihre Wirksamkeit datiert von der ersten Zession durch die Mutter-Vormünderin Fanny Stein: später trat kein Ereignis ein, diese Wirksamkeit aufzuheben oder zu lähmen, es fand keine Anfechtungsklage statt.

Ob anderseits die Anfechtbarkeit beseitigt worden ist, ist eine Frage für sich. Sie kann nur beseitigt worden sein durch die Bestätigung des 21jährigen Alexis oder Bestätigung des 17jährigen unter Zustimmung seines Pflegers. Zu betonen ist insbesondere, daß sie nicht beseitigt worden sein kann durch „Bestätigungs“erklärungen des Charkower Waisengerichts, denn dieses hat hier nichts zu genehmigen und zu bestätigen; zu betonen ist auch, daß natürlich nicht Dimitri Stein in seiner Eigenschaft als „Vormund über das Vermögen des Leo Stein“ der Zession, welche seine Mutter Fanny Stein als Vormünderin

---

[46]) Es liegt ähnlich, wie wenn der Minderjährige (несовершеннолѣтній) vom 17. bis 21. Jahr ein Geschäft ohne die erforderliche Zustimmung seines Pflegers abgeschlossen hat. Das Geschäft ist nicht „unwirksam“, nicht „nichtig“, sondern es ist nur anfechtbar, wie Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, S. 81, ausführt. So auch Анненковъ, Система I, S. 525 f und dort Zitierte, und der Senat. — Vgl. auch Растеряевъ, S. 52/53. Vgl. unten den Exkurs über „Vertragslösung“.

ihres Sohnes Alexis vornahm, irgendwelche Wirksamkeit geben oder eine solche erhöhen, bezw. die Anfechtbarkeit derselben beseitigen konnte. Er hätte dies auch nicht als „Vormund" des Alexis Stein gekonnt, so wenig wie die Mutter selbst als Vormünderin. Und sollte er, nachdem Alexis 17 Jahre erreicht hat, als dessen „Pfleger" etwa die Bestätigung vorgenommen haben, so wäre dies auch wirkungslos gewesen, da er als Pfleger überhaupt nicht mehr Rechte haben könnte denn als Vormund, und da ferner der Pfleger eines 17jährigen gar keine Vertretungsbefugnis besitzt, sondern lediglich zu den Willenserklärungen seines Pfleglings seine Zustimmung zu erteilen hat.

So also besteht zur Zeit die Zession zu Recht. Ob als eine anfechtbare, bleibt dahingestellt. Daß ein solcher Zustand für dritte Personen unter Umständen wenig Erfreuliches haben kann [47], ist nicht zu verkennen, aber auch nicht zu ändern.

Dabei ist aber auch noch zu beachten, daß die Anfechtbarkeit, die lediglich zu Gunsten des zur Zeit der Zession unmündigen Alexis bestand, nur seinen Anteil betreffen kann: über sein Interesse kann er nicht hinausgehen, die Anfechtung kann darum nicht weiter greifen. Sein Anteil aber beträgt 1/4 (Art. 1127, 1128, 1148 Grashdanskoje Uloshenije).

b) Einen anderen Gesichtspunkt zur Entscheidung der Frage bietet vielleicht die Senatsentscheidung Nr. 94 vom Jahre 1882. Nach Art. 274 des Гражданское Уложенie hat der Vormund für die Einziehung der Geldansprüche des Mündels Sorge zu tragen. Nach der Ansicht des Senates kann dies auch dadurch geschehen, daß der Vormund die Schuldurkunde (долговой документъ) auf einen anderen überträgt, unter Empfang der Summe gemäß der Schuldurkunde zum Nutzen des Mün-

---

[47]) Pobjedonoszeff (Курсъ III, S. 36) betont ausdrücklich, daß auf die Interessen dritter Personen keine Rücksicht genommen wird.

dels, wenn dies vom Vormund und vom Aufsichtsorgan (das wäre hier das Waisengericht) als dem Mündel nützlich erachtet wird. Die Entscheidung des Aufsichtsorgans soll endgültig sein.

In einer anderen Entscheidung (Nr. 17 vom Jahre 1883) erkennt der Senat für Vormünder das Recht an, Forderungen zu veräußern. Aber dies nicht so schlankweg. Es handelt sich in der Entscheidung um einen „Vormund“ (опекунъ) nach Art. 752 und 960 der Zivilprozeßordnung (Уставъ гражданскаго судопроизводства); ferner gibt der Senat dieses Veräußerungsrecht (право отчуждать) dann, wenn die entsprechende Summe vom Vormund empfangen wird[48]).

Diese Entscheidungen des Senates sind bedenklich; Begründung und Tragweite zweifelhaft. Insbesondere ist zweifelhaft, wie weit diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall anwendbar sein mögen. Ein praktisches Bedürfnis, diese Zweifel zu lösen, liegt nicht vor.

c) Neben der Vormundschaft über ihren Sohn Alexis soll der Mutter Fanny Stein auch noch eine „Vormundschaft“ über das Vermögen ihres verstorbenen Ehemannes zugestanden haben: desgleichen soll der älteste Sohn Dimitri nach dem Tode seiner Mutter zu einem solchen „Vormund“ über das Vermögen seines Vaters ernannt worden sein.

In dieser Eigenschaft eines Vormundes über die Erbschaft als einer hereditas jacens sollen dann beide die Zession, bezw. die Bestätigung vorgenommen haben.

Man kann anerkennen[49]), daß nach russischem wie nach römischem Recht, im Gegensatz zum geltenden deutschen Recht, ein Antritt der Erbschaft erforderlich ist[50]).

Nach Art. 1222 wird die Erbschaft eröffnet: 1. beim

---

[48]) Анненковъ, Система русск. гражд. права, Bd. V, S. 309.

[49]) Es ist aber recht bestritten und nicht gerade zweifellos. Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражд. права, S. 694.

[50]) Анненковъ, Система VI, S. 402. — Шершеневичъ, Учебникъ, S. 693.

natürlichen Tode des „Besitzers", 2. bei dem Verlust aller Standesrechte (also im Falle des bürgerlichen Todes). Das Recht auf die eröffnete Erbschaft gebührt dem Erben mit dem Tode des Erblassers („Besitzers") nach Art. 1254 Гражданское Уложеніе, und die Erben sind nach Art. 1255 befugt, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen.

Für Minderjährige (oder sonstige bevormundete Personen) wird die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft durch den Vormund erklärt[51] (Art. 1257), wobei von einer Genehmigung des Dirigierenden Senates keine Rede ist[52]. Man kann das auffallend finden gegenüber den Bestimmungen des Art. 277 Гражданское Уложеніе, wenn man beachtet[53], daß nach russischem Recht der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt und unbeschränkbar haftet[54].

Die Annahmeerklärung erfolgt völlig formlos[55]. Das Gesetz enthält darüber keine direkte Bestimmung[56], es ergibt sich aber indirekt aus Art. 1261 Гражданское Уложеніе[57]. Danach genügt zur Annahme, daß die Erben das Vermögen zu eigenem Nutzen besessen und verwendet haben[58].

Daraus ergibt sich, daß Fanny Stein und ihre drei Söhne Erben des Leo Stein geworden sind: Fanny Stein hat in ihrem eigenen Namen und im Namen ihres Sohnes und Mündels Alexis,

---

[51]) Анненковъ, Система V, S. 322.

[52]) Während Minderjährige über 17 Jahren der Zustimmung ihres Pflegers bedürfen. Шершеневичъ, Учебникъ русскаго гражданскаго права, S. 696.

[53]) Das betont Sagorowski. Загоровскій, Курсъ семейнаго права, S. 448.

[54]) Daß der Erbe keine Haftungsbeschränkungsmittel hat — weder Inventar noch Gläubigeraufgebot —, daß er „in jedem Falle unbedingt für alle Schulden und Verbindlichkeiten einstehen muß", hebt besonders energisch Pobjedonoszeff hervor. Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права, Bd. II, S. 391/92.

[55]) Шершеновичъ, Учебникъ, S. 695. — Анненковъ, Система, Bd. VI, S. 402 f.

[56]) Побѣдоносцевъ, Курсъ II, S. 393.

[57]) Побѣдоносцевъ, Курсъ II, S. 393. Vgl. auch Leuthold, Russische Rechtskunde, S. 85.

[58]) Was Tatfrage ist „und das Gericht in jedem einzelnen Fall entscheidet". Побѣдоносцевъ, Курсъ II, S. 394.

ebenso haben Dimitri und Appollon Stein die zur Erbschaft des Leo Stein gehörenden Forderungsrechte aus dem Vertrag mit Beck auf den Kläger Josef Stein übertragen.

Für eine hereditas jacens ist sonach kein Raum mehr, da die „Annahme“ auf den Zeitpunkt der Eröffnung der Erbschaft, das ist normalerweise auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurückwirkt[59]). Raum ist auch nicht für eine „Vormundschaft“ oder „Pflegschaft“ aus anderem Grunde, etwa weil die Erben sich nicht gemeldet haben (Art. 1164 Гражд. Улож., Fall der »неявка«, des Nichterscheinens) auf Aufruf hin (Art. 1162). Dann hätte noch mindestens ½ Jahr nach dem letzten Aufruf verstrichen sein müssen[60]). Die Folge wäre, daß nach 10 Jahren die Erbschaft an den Staat fiele (Art. 1162, 1164)[61]); außerdem hätte Anzeige an die örtliche Verwaltung des Staatseigentums nach Art. 1165 gemacht werden müssen.

Und läge eine Vormundschaft über das Erbschaftsvermögen (oder Pflegschaft, vormundschaftliche Verwaltung, опекунское управленіе, Art. 1164) vor, so wäre damit für den vorliegenden Fall auch nichts geändert, da die Grundsätze der „Vormundschaft“ auf diese „Vermögensvormundschaft“ Anwendung zu finden hätten[62]).

---

[59]) Побѣдоносцевъ, Курсъ II, S. 391. — Шершеневичъ, Учебникъ, S. 693.

[60]) Art. 1164, 1241. Гражд. Улож. — S. auch Leuthold, Russische Rechtskunde, S. 81.

Der Aufruf hätte vom Friedensrichter erlassen werden müssen. (Уставъ гражданскаго судопроизводства, § 1401. Vgl. Боровиковскій, Уставъ гражданскаго судопроизводства съ объясненіями по рѣшеніямъ гражд. кассац. департ., S. 825.

Dazu kommt, daß das Waisengericht gar nicht infolge des „Nichterscheinens“ der Erben mit Ukas vom 5. März 1899 die Witwe Fanny Stein zum Vormund über das Vermögen ernannt hat. Es hat vielmehr auf Grund der Art. 225, 229, 250, 251 des 10. Bandes, 1. Teil des Swod Zakonoff (Гражд. Улож.), die Fanny Stein zur Vormünderin über das Vermögen und den 15jährigen Sohn Alexis bestellt. — Diese Bestellung zur Vormünderin über das Vermögen auf Grund der genannten Artikel des Grashdanskoje Uloshenije war eine kühne Leistung des Waisengerichts!

[61]) Шершеневичъ, Учебникъ, S. 697.

[62]) Мейеръ, Русское гражд. право, S. 635.

2. Der Rücktritt von dem Patentexploitierungsvertrag.

a) Der Vertrag zwischen den Parteien bestimmte unter anderem:

1. Auf Grund unserer obenerwähnten Rechte übergeben wir, Leo und Josef Stein, dem William W. J. Beck die alleinige Vertretung oben erwähnten Patentes für Rußland zur Exploitierung mit allen Aenderungen und Verbesserungen, welche noch erscheinen werden.

2. Beck ist verpflichtet, ausschließlich alle Teile und Zutaten bei uns zu den Brennern und unseren Lampen, wie z. B. Zylinder, Dochte, Glühkörper u. s. w., zu kaufen.

Im Zusatzvertrag vom 4. November 1899 erhielt dann Beklagter das Recht, sich die Zutaten wie Zylinder, Glühstrümpfe u. s. w. anderwärts zu verschaffen, er hatte nur dem Kläger eine Kommissionsgebühr von 25 % als Entschädigung zu zahlen.

Dem Hauptinhalte nach stellt sich der Hauptvertrag dar als ein sogen. Lizenzvertrag. Ob er nur als obligatorischer oder auch zugleich etwa als dinglicher Vertrag zu charakterisieren sei, ist hier gleichgültig, da er nur als obligatorischer in Betracht kommt [63]).

Mit dem Lizenzvertrag ist zugleich ein Kaufvertrag bezüglich der Zutaten verbunden, der durch den Zusatzvertrag dem Lizenzvertrag gegenüber eine gewisse Selbständigkeit erhielt. Anderseits bildet er mit dem Lizenzvertrage ein Ganzes.

Das erste Element nun, das der Untersuchung bedarf, ist das Patentrecht, dessen Ausübung dem Beklagten für Rußland ausschließlich übertragen wurde [64]). Die Ausübung ist

---

[63]) Zu der Frage vgl. Damme, Das deutsche Patentrecht, S. 395 f. Seligsohn, Patentgesetz 1901, S. 122, 131/32. Jsay, Patentgesetz, S. 186.

[64]) Ausschließliche Lizenz, Seligsohn, Patentgesetz 1901, S. 126.

entgeltlich übertragen: es finden die Grundsätze vom Kauf Anwendung[65]); oder vom Pachtvertrage[66]).

Das Entgelt besteht in einer bestimmten Abgabe, berechnet nach der Stückzahl der patentierten Gegenstände[67]).

Bezüglich dieses Verhältnisses führt Seligsohn aus[68]):

Der Patentinhaber hat dem Lizenzträger dafür aufzukommen, daß das Patent besteht, bezw. erteilt werden wird. Wenn der Lizenzträger auch davon ausgehen darf, daß die patentierte Erfindung auf ihre gewerbliche Verwertbarkeit geprüft worden ist, so hat ihm doch trotz[69]) §§ 536, 581 II B.G.B. der Patentinhaber nicht dafür aufzukommen, daß die Erfindung bereits eine verwertbare Gestalt gewonnen hat, so daß sie für den gewerblichen Zweck, welchem sie dienen soll, ohne weiteres praktisch brauchbar hergestellt werden kann. Denn es ist eine Erfahrungstatsache, mit der jeder Lizenzträger rechnen muß, daß Erfindungen trotz der voraufgegangenen Prüfung im gewerblichen Leben häufig, zumal im Anfang nicht mit Erfolg verwendet werden können. Der Patentinhaber muß daher zwar dafür aufkommen, daß die Erfindung für den praktischen Zweck nicht vollkommen unbrauchbar, aber nicht dafür, daß sie sofort praktisch verwertbar, oder gar, daß sie rentabel ist[70]).

Nach §§ 541, 581 II B.G.B. in Verbindung mit §§ 434, 445 B.G.B. muß der Patentinhaber dem Lizenzträger dafür

---

[65]) Vgl. Damme, Das deutsche Patentrecht, S. 395. Seligsohn, Patentgesetz, S. 124.

[66]) Seligsohn, S. 130. Isay, Patentgesetz, S. 198. Allfeld, Kommentar, S. 121.

[67]) Vgl. Isay, S. 184.

[68]) Patentgesetz, S. 132/33.

[69]) Vgl. Kohler, Handbuch des Patentrechts, S. 594. Vgl. Pilenko, Das Recht des Erfinders, Berlin 1907, S. 469 ff.

[70]) Kohler, Handbuch des Patentrechts, S. 591. Allfeld, Kommentar, S. 125. Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 890, Anm. 14. Pilenko, Das Recht des Erfinders, S. 469 f. Damme, Das deutsche Patentrecht, S. 396.

aufkommen, daß dieser in Benutzung der patentierten Erfindung nicht durch Rechte eines Dritten beeinträchtigt wird[71]).

Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn die Erfindung von einem älteren Patent oder Gebrauchsmuster abhängig ist.

Die entwickelten Gesichtspunkte sind auch für die Betrachtung nach russischem Recht bedeutsam[72]).

Gegenstand des Vertrages der Parteien ist in erster Linie die Ausübung des Patentrechts; so erhebt sich die Frage nach Zeit, Gegenstand und Art der Patentierung.

Das Patent datiert vom 16. Januar 1900. Das Patentrecht selbst bestand also zur Zeit des Abschlusses des Vertrages zwischen den Parteien und zur Zeit des Rücktrittes des Beklagten noch nicht. Aber das Patent war angemeldet am 26. Februar 1897 — und damit bestand nach russischem wie nach deutschem Recht der Patentschutz[73]).

Der Gegenstand des Patentrechts ist eine Petroleumglühlichtlampe. Nach der Patentbeschreibung[73a]) ist nicht auch mitpatentiert ein Glühstrumpf.

Das Patent ist unabhängiges Patent, nicht abhängig von dem Auerpatent: nichts in dem erteilten Patent deutet auf irgend eine solche Abhängigkeit[74]).

Ob nun das Patent gegen das Auerpatent verstieß, wie in den Prozeßakten behauptet wird, ist eine andere Frage, die man wohl verneinen darf. Im Patent selbst versichert die Regierung, daß auf die erwähnte Erfindung früher noch niemand sonst in Rußland ein „Privileg" erteilt worden sei.

Aber auch wenn solcher Verstoß vorgelegen hätte, so

---

[71]) Vgl. Kohler, Handbuch, S. 594.

[72]) Vgl. auch Pilenko, Das Recht des Erfinders, S. 468 ff.

[73]) Шершеневичъ, Курсъ торговаго права n. 426, (russisches) Gesetz vom 20. Mai 1896, Art. 8, 22, Ziff. 3. Vgl. Damme, Das deutsche Patentrecht, 1906, S. 247. Seligsohn, Patentgesetz, S. 122.

[73a]) Dieselbe lag den Prozeßakten bei.

[74]) Ein Zusatzpatent (дополнительная привилегія) wäre möglich nach Gesetz vom 20. Mai 1896, Art. 27, 28.

bedürfte es der Anfechtung durch Klage [75]). Die Frist beträgt 2 Jahre seit der Publikation des Patentes. Nach dieser Zeit ist eine Unwirksamerklärung des Patentes nur bei strafgerichtlicher Verfolgung möglich. Ein Anfechtungsversuch ist nicht gemacht worden: ob eine Anfechtung erfolgt wäre, wenn der Beklagte die Brenner vertrieben hätte, ist unerheblich [76]). Das Patent war gültig, und ist unanfechtbar — wenn es anfechtbar gewesen sein sollte — geworden durch den Ablauf der Anfechtungsfrist [77]).

So ergibt sich: das Patentrecht bestand für die Petroleumglühlichtlampe und von einem Mangel im Recht ist nach dieser Seite keine Rede.

b) Außer der Ausbeutung des verliehenen Patentrechts sind Gegenstand des Vertrages noch die Zutaten, wie Dochte, Zylinder, Glühkörper.

Betrachtet man diesen Bestandteil des Vertrages — vorläufig — selbständig, so wäre er nach geltendem russischen Recht zu charakterisieren als postawka, поставка, Lieferungsvertrag [78]). Diese postawka behandelt das geltende Zivilgesetzbuch zusammen mit подрядъ, podrjad, in §§ 1737—1745. Die Bestimmungen sind dürftig und zweifelhaft.

Daß die selbständige Stellung der postawka gegenüber dem Kaufe (prodasha und saprodasha, продажа, запродажа) nicht gerade glücklich ist, darüber ist man einig, und trotz allen Suchens nach Unterschieden [79]) herrscht auch darin Einstimmigkeit, daß es sich im wesentlichen um einen Kauf handelt und daß auch nach Kaufrecht die Gewährleistungspflicht (otschistka,

---

[75]) Gesetz vom 20. Mai 1896, Art. 26.

[76]) Kohler, Handbuch des Patentrechts, S. 584. Isay, Patentgesetz, S. 201, 220.

[77]) Шершеневичъ, Курсъ торговаго права, S. 430.

[78]) Die Motive zum (russischen) Entwurf eines Obligationenrechts I, S. 403 übersetzen mit „Lieferungskauf", vente à livrer. Vgl. Анненковъ, Система IV, S. 58, 78, 81, 87, 89. — Мейеръ, Русское гражданское право, S. 472 ff.

[79]) Motive zum Entwurf eines Obligationenrechts I, S. 401 ff.

очистка) des Verkäufers wegen Mängel im Recht zu beurteilen ist[80]). Diese Gewährleistungspflicht wird von der Praxis auch dann angenommen, wenn darüber im Vertrage keine ausdrückliche Bestimmung getroffen ist, während das Gesetz eigentlich solche Gewährleistungsklausel verlangt[81]).

Nun wird (in den Akten) behauptet, der Vertrieb von Glühstrümpfen habe gegen das in Rußland bestehende Auerpatent verstoßen, obwohl (nach Behauptungen an anderer Stelle) Auerstrümpfe gar nicht verwendbar sein sollen. Ein Petersburger Urteil wird angeführt, aus dem hervorgehen soll, daß Auerstrümpfe in Rußland gegen Nachahmung geschützt sind. Das ist selbstverständlich; dazu bedarf es nicht des Nachweises eines Urteils[82]). Daß dies für den vorliegenden Fall nichts beweisen kann, ist ebenfalls selbstverständlich: ein Urteil über ein bestimmtes Fabrikat und zwischen bestimmten Personen berührt andere Fabrikate und Personen nicht[83]).

Ob nun die gelieferten Strümpfe gegen das Auerpatent verstießen oder nicht, bleibe dahingestellt — sie könnte, wenn erheblich, in diesem Gutachten selbstverständlich nicht gelöst werden: die nach dem Vertrag zu liefernden Glühkörper verstießen nicht gegen das Patent; durch nichts war der Kläger gehindert, solche Strümpfe zu liefern, welche dem Beklagten nicht kraft Auerpatentrechts entzogen werden konnten. Wie Kläger das zu bewerkstelligen hatte, war seine Sache[84]).

Ob daneben nach bona fides[85]) der Beklagte verpflichtet war, von seinem Recht aus dem Zusatzvertrag Gebrauch zu machen, kann unerörtert bleiben.

---

[80]) Motive zum Entwurf eines Obligationenrechts I, S. 404.

[81]) Motive zum Entwurf eines Obligationenrechts I, S. 452.

[82]) Шершеневичъ, Курсъ торговаго права, S. 428.

[83]) Уставъ гражданскаго судопроизводства, Art. 895. — Боровиковскій, Уставъ гражд. судопр., S. 638. — Загоровскій, Очерки гражд. судопроизводства, 1892, S. 280.

[84]) Vgl. Kohler, Handbuch, S. 594.

[85]) Гражданское Уложеніе, Art. 1539. — Анненковъ, Система I, S. 480. — Договорное право, S. 171, 183/84. — Leuthold, Russische Rechtskunde, S. 141.

Daraus ergibt sich: Mängel im Recht liegen nicht vor, weder beim Patentrecht selbst, noch auch bei der Verpflichtung zu den Lieferungen.

c) Hatte der Beklagte ein Rücktrittsrecht wegen Mängel der Sachen? Er behauptet, die gelieferten Gegenstände seien nicht brauchbar gewesen und Kläger sei in Schuldnerverzug gekommen.

Vielleicht ist zu sagen, daß Beklagter nach bona fides auch in dieser Hinsicht Gebrauch von seinem Rechte aus dem Zusatzvertrage hätte machen müssen.

Vielleicht auch kann eine Entlastung des Klägers in den Bestimmungen des Vertrages gefunden werden, wonach zur Sicherung der guten Ausführung der Bestellungen die Lizenzgeber ihre Rechte gegen den Fabrikanten „abtraten", und für die gute Ausführung dann (nur dann?) verantwortlich sein sollten, wenn die Fabrikation in einem anderen Lande als dem Deutschen Reiche ausgeführt werden würde.

Von diesen beiden Gesichtspunkten soll hier abgesehen werden.

Betrachtet man den Vertrag der Parteien als Ganzes, so ist er einfach ein gegenseitiger Vertrag, nicht Kauf (продажа, запродажа, поставка), nicht Miete oder Pacht (наемъ). Für die Frage nun, ob der Beklagte berechtigt war, wegen angeblicher Mängel der bereits gelieferten Warenposten, bezw. wegen Verzuges von dem ganzen Vertrag zurückzutreten, sind die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts maßgebend.

Die Bestimmungen des geltenden russischen Zivilgesetzbuches sind in dieser Hinsicht äußerst lückenhaft[86]. Praxis und Wissenschaft haben hier ergänzend eingegriffen.

So hat der Senat in mehreren Entscheidungen ausgesprochen, daß ein Vertrag, auch wenn er nicht unter eine

---

86) Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права III, S. 146, 154. — Анненковъ, Система III, S. 174.

vom Gesetz anerkannte Kategorie falle, nichtsdestoweniger als wirksam anzuerkennen sei [87]).

Was nun die Leistungen bei gegenseitigen Verträgen betrifft, so erkennt bei diesen die Praxis und Wissenschaft die exceptio non adimpleti contractus an, obwohl das geltende Zivilgesetzbuch sie nicht kennt [88]).

In Parallele [89]) zu dieser Leistungsverweigerung (отказаться отъ исполненія) steht die Frage der Vertragskündigung, des Rücktritts vom Vertrag (отказаться отъ договора) bei Schuldnerverzug, über den das geltende Gesetzbuch auch nichts enthält [90]).

Ueber diesen Rücktritt trifft nun der Entwurf eines Obligationenrechts, Art. 131, Bestimmungen, welche dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch analog sind.

Dazu bemerken die Motive [91]): der Gläubiger sei für gewöhnlich nicht berechtigt, wegen Verzugs in der Erfüllung der Verbindlichkeit den Vertrag als ins Künftige für sich unverbindlich zu erachten. Seine Interessen seien für gewöhnlich dadurch gewahrt, daß er Erfüllung und Schadensersatz fordern könne. Aber bei gegenseitigen Verträgen müsse dem Vertragsteil, der seine Verbindlichkeit erfüllt habe oder erst nach Empfang der Gegenleistung zu erfüllen verpflichtet sei, auch das Recht zustehen, bei Nichterfüllung des Vertragsgegners vom Vertrag zurückzutreten.

Im geltenden Gesetz sei dieses Rücktrittsrecht nur in einem besonderen Fall und unter besonderen Bedingungen gewährt [92]).

Generell also steht nach dem geltenden Gesetz kein Rücktrittsrecht zu.

---

[87]) Касс. Рѣш. 8/1896. — 70/1887. — 110/1881. — 135/1880. — 186/1880.

[88]) Motive zum Entwurf eines Obligationenrechts I, S. 155. — Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. права III, § 19. — Касс. Рѣш. 1895 Nr. 62. — 1880 Nr. 214.

[89]) Motive zum Entwurf eines Obligationenrechts I, S. 289.

[90]) Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. права III, S. 146.

[91]) Band I, S. 287.

[92]) Nämlich bei Verträgen mit dem Fiskus (Казна). Побѣдоносцевъ III S. 155.

Dies war auch der Standpunkt der älteren Praxis, nach der die Nichterfüllung durch den einen Teil dem anderen Teil nicht das Recht gewährte, Aufhebung des Vertrages zu fordern[93]).

Diesem älteren Standpunkt gegenüber gewähren aber die Wissenschaft und die neuere Praxis[94]) bei Nichterfüllung oder verspäteter Erfüllung dem Gläubiger ein Rücktrittsrecht.

Mitgewirkt haben da allgemeine Erwägungen und das Vorbild der westeuropäischen Gesetzgebungen, wie das in der Literatur deutlich zu Tage tritt.

So meint z. B. Scherschenjewitsch[95]): erfolge nicht Erfüllung zur rechten Zeit, so müsse man dem Käufer das Recht zugestehen, „Vernichtung des Vertrages" (уничтоженіе договора) zu fordern. Das sei in den fremden Gesetzgebungen anerkannt und könne dem russischen Rechte nicht fremd sein. Weitere Ausführungen fehlen bei Scherschenjewitsch. Aehnlich Pobjedonoszeff[96]) und Annenkoff[97]).

Was nun die Rechtsprechung des Senates betrifft, so wird allgemein in der Literatur und in den Motiven zum Entwurf eines Obligationenrechts auf Entscheidungen desselben über Rücktrittsrecht verwiesen. Sieht man diese Entscheidungen nach, so findet man, daß merkwürdigerweise fast alle diese Entscheidungen über Miete und Pacht handeln[98]), eine zitierte Entscheidung[99]) betrifft Kauf und Lieferung, aber sie enthält

---

[93]) Договорное право, S. 124. — Касс. Рѣш. 1870, Nr. 238. — Анненковъ, Система III, S. 148. — So auch das österreichische allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, § 919 (§ 932 zu vgl.). Pfersche, Grundriß der allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, 1907, S. 55. — Vgl. unten den Exkurs.

[94]) Касс. Рѣш. 1880, Nr. 214. — 1895, Nr. 62.

[95]) Шершеневичъ, Курсъ торговаго права, 465.

[96]) Побѣдоносцевъ, Курсъ гражд. права, Bd. III, S. 154.

[97]) Анненковъ, Система III, S. 177.

[98]) 1895 Nr. 14, 62. — 1880 Nr. 214. — 1875 Nr. 274, 326. — 1880 Nr. 249. — 1875 Nr. 146.

[99]) 1874 Nr. 685.

andere maßgebende Gesichtspunkte, als sie hier in Frage kommen.

In den Entscheidungen über Miet- und Pachtverträge hat nun der Senat allgemeine Grundsätze über zweiseitige Verträge ausdrücklich aufgestellt und das Rücktrittsrecht in der weiten allgemeinen Formulierung anerkannt, wie dies auch in der Literatur geschieht. So besonders in den Entscheidungen 1895 Nr. 62; 1880 Nr. 214; 1875 Nr. 146.

So ist allgemein ein Rücktrittsrecht anerkannt, aber im einzelnen ist vieles zweifelhaft. Hier interessiert die Frage nach der Art des Rücktritts vom Vertrage.

Nach den Motiven zum Entwurf eines Obligationenrechts ist die Alternative: entweder erfolgt der Rücktritt durch private Erklärung gegenüber dem anderen Vertragsteile oder durch eine Aufhebungsklage, durch Klage auf Vernichtung (уничтоженіе). Das erstere System kann man das deutsche oder auch germanische nennen; es beherrscht das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich sowie die anderen germanischen Rechte, mit Ausnahme des holländischen. Das zweite System entspricht den romanischen Rechten.

Für das geltende russische Recht — im Gegensatz zum Entwurf eines Obligationenrechts — ist letzteres anzunehmen.

Dafür spricht die Entstehungsgeschichte des russischen Rechts, das vielfach auf der französischen (und österreichischen) Gesetzgebung beruht. Dafür spricht die Literatur, nach der der Käufer, überhaupt die eine Partei bei gegenseitigen Verträgen, verlangen kann „eine Vernichtung des Vertrages" (уничтоженіе договора)[100]. Dafür spricht die Analogie der „Vernichtung" des Vertrages bei Irrtum, Zwang, Betrug, die auch durch Klage erfolgt[101].

---

[100]) Шершеневичъ, Курсъ торговаго права, S. 465.

[101]) Растеряевъ, Недѣйствительность юридическихъ сдѣлокъ по русскому праву, S. 22. Vgl. auch die Vernichtung des Vertrages bei mangelnder Genehmigung

Dafür spricht auch die Rechtsprechung des Senates. So heißt es in der Entscheidung Nr. 62, 1895: wenn sich bei der Mietssache Fehler zeigen, infolge deren der Gebrauch unmöglich wird, so können diese Fehler als Grund zur „Vernichtung des Vertrages durch das Gericht" dienen. Es wird dann weiter ausgeführt, daß es vom Ermessen des Gerichts abhänge, nach den Umständen des Falles, den Mieter von der Zahlung der Mietssumme ganz oder zum Teil, unbedingt oder nur auf Zeit zu befreien [102]).

Aehnlich spricht sich der Senat in der Entscheidung 1880 Nr. 214 aus.

So ist als Resultat der Untersuchung festzustellen, daß es wohl nach geltendem russischen Recht bei gegenseitigen Verträgen ein Rücktrittsrecht ähnlich den westeuropäischen Rechten gibt, daß aber die Ausübung dieses Rücktrittsrechts, wie nach französischem, italienischem und spanischem Recht, durch Aufhebungsklage erfolgt. Eine Frist für diese Klage fehlt. Eine private, auf Rücktritt (Vernichtung, уничтоженіе) gerichtete Willenserklärung ist sonach wirkungslos; sie ist es auch dann, wenn jemand einen Rücktritts„grund" hat.

Also, selbst wenn der Beklagte Beck zum Rücktritt berechtigt gewesen wäre — wogegen secundum quae proposita sunt zu entscheiden ist —, so wäre der Vertrag dennoch in Wirksamkeit geblieben, da eben die Form für den Rücktritt verfehlt worden ist [103]) [104]).

---

im Fall des Art. 277, Гражд. Уложеніе. S. auch den Exkurs über Vertragslösung im französischen und in den romanischen Rechten.

[102]) Vgl. Code civil, Art. 1184.

[103]) Eine beiläufige Frage, die große praktische Bedeutung gewinnen kann, gerade mit Rücksicht auf das romanische Rücktritts- und Anfechtungssystem: Wie gestaltet sich solche Klage auf „Aufhebung" etc. im deutschen Zivilprozeß? Wie die Vollstreckung eines ausländischen Aufhebungsurteils? Vgl. z. B. Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Rechtswissenschaft, S. 245.

[104]) Vgl. zu der ganzen Materie den Exkurs weiter unten.

3. Die Vertragsstrafe („Reugeld").

In dem Vertrage zwischen Josef und Leon Stein mit dem Beklagten Beck ist nach der den Akten beiliegenden Uebersetzung bestimmt: „Bis zum 1. Januar 1900 hat Beck nicht das Recht, von diesem Vertrage zurückzutreten, widrigenfalls er ein Reugeld von 20000 Rubel zu zahlen hat."

Nun verlangt Kläger, da Beklagter vor dem 1. Januar 1900 „zurückgetreten" ist, Zahlung dieser Konventionalstrafe von 20000 Rubel und außerdem begehrt er „Zahlung des Kaufpreises für die unstreitig vom Beklagten bestellten 6000 Brenner und 100 Lampen abzüglich der vom Beklagten geleisteten Anzahlung".

In der Uebersetzung [105]) ist der Ausdruck „Reugeld" gebraucht; nach dem Urteil erster Instanz ist unter den Parteien nicht streitig, daß die Uebersetzung zutreffend sei. Leider ist der Verfasser des Gutachtens nicht in der Lage, das Original einzusehen, da es den Akten entnommen worden ist. Immerhin ist dieser Umstand kein Hindernis, zu einem abschließenden Urteil zu kommen, obwohl gerade das gebrauchte Wort „Reugeld" für die erste Instanz von entscheidender Bedeutung gewesen sein mag.

Die Absicht der Parteien ist in erster Linie zu erforschen, auch der Verfasser des Gutachtens darf sich dem nicht entziehen wollen, — und zwar darum muß dies geschehen, um die Anwendung des russischen Rechts, das wie auf den ganzen Vertrag, so auch auf diesen Punkt anzuwenden ist, zu ermöglichen [106]).

Beck ist nicht berechtigt, vor dem 1. Januar 1900 zurück-

---

[105]) Die Uebersetzung war in der Tat falsch. Das Original enthielt ganz korrekt den Ausdruck nëustojka, неустойка.

[106]) Auf diese Notwendigkeit der Interpretation des Vertrages weist besonders energisch hin: Побѣдоносцевъ, Курсъ III, S. 278. — Die Revision griff das Urteil der zweiten Instanz deshalb an, jedoch ohne Erfolg. Es verblieb bei der Entscheidung der Berufungsinstanz, welche dem Gutachten in allen Punkten beitrat.

zutreten — das Rücktrittsrecht *nach* dem 1. Januar 1900 ist eine Sache für sich.

Beck hat darnach also *kein Rücktrittsrecht*.

Wenn er nun doch zurücktritt — d. h. also ohne Rücktrittsrecht zu haben, so soll er 20000 Rubel zahlen. Damit ist nicht etwa das zuerst ausgeschlossene Rücktrittsrecht für 20000 Rubel eingeräumt. Die 20000 Rubel sind nicht etwa ein Entgelt für ein Rücktrittsrecht: sie sind vielmehr bedungen für den Fall des *tatsächlichen* Rücktritts ohne Rücktrittsrecht, für den *tatsächlichen*, *rechtswidrigen* Rücktritt, d. h. für die Nichterfüllung der Obligation.

Das ist meines Erachtens der Wille der Parteien, wie er sich aus dem Vertrage ergibt: für die *Tatsache* des Rücktritts, für die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten hat Beck 20000 Rubel *als Vertragsstrafe* zu zahlen.

Diesem klaren Willensinhalt gegenüber kann der gebrauchte Wortlaut, auch des russischen Originals des Vertrages, ganz zu schweigen von der Uebersetzung, nicht entgegenstehen.

Ob die Parteien in einem deutsch abgefaßten Vertrage von *Vertragsstrafe reden* oder nicht, darauf kommt es nicht an, lediglich der Wille ist entscheidend, natürlich, soweit er eben (aus den einzelnen Worten oder aus dem ganzen Zusammenhang) erkennbar ist. Gebrauchen sie den Ausdruck „Reugeld“ und meinen Vertragsstrafe, so handelt es sich eben um Vertragsstrafe.

Was die russischen Ausdrücke betrifft, so herrscht da vielleicht noch eine größere Möglichkeit der Verwirrung.

„Draufgabe“ des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs §§ 336 ff. ist in der russischen Uebersetzung dieses Gesetzbuches wiedergegeben mit sadatok, »задатокъ«; die „Vertragsstrafe“ daselbst mit dogowornaja nëustojka, договорная неустойка; „Reugeld“ mit otstupnoje, „отступное (Reugeld)“.

Wie nahe diese verschiedenen Institute einander stehen, ergibt sich aus der Anordnung des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches (§§ 336 ff.); ebenso aus der Anordnung des russi-

schen Entwurfs eines Obligationenrechts (Petersburg 1899), Art. 49—64, wo auch задатокъ, отступное und неустойка zusammen behandelt werden.

Und geht man etymologisch zurück, so wird erst recht klar, wie leicht ein Ausdruck für den anderen gebraucht werden kann. Wahrscheinlich ist im Vertragsoriginal der Ausdruck otstupnoje, отступное[107]) gebraucht. Das ist eigentlich soviel wie nëustojka, неустойка. Otstup, отступъ, ist Rückzug, Rücktritt.

Otstupnoje, отступное, ist das Geld für, bei dem Rücktritt; Rücktrittsgeld. Ustojka, устойка, ist das „Dabei-stehen-bleiben". устойка въ словѣ das beim Wort-stehen-bleiben; ne-ustojka, неустойка ist die Negation, das „Nicht-dabei-stehen-bleiben", die Nichterfüllung; dann auch das Geld für die Nichterfüllung, die Konventionalstrafe.

Ob ich nun sage: ich trete vom Vertrag zurück (tatsächlich), oder ich bleibe bei dem Vertrage nicht stehen (tatsächlich), das ist wohl gleich. Spreche ich nun von dem Gelde, das ich für den (bei dem) Rücktritt (auch den tatsächlichen) zahle oder zahlen muß, so spreche ich von otstupnoje, отступное, spreche ich von dem Gelde, das ich bei dem Nicht-stehen-bleiben beim Vertrage zahle oder zahlen muß, so spreche ich von neustojka, неустойка. So sind etymologisch beide Ausdrücke gleichbedeutend. Daß sie dann in der juristischen Terminologie sich als „Reugeld" und „Vertragsstrafe" differenzierten, kann diese ursprüngliche Gleichbedeutung nicht ändern.

So ergibt sich denn nach jeder Seite hin, sowohl nach dem Willen der Parteien als auch nach der Erklärung im wörtlichen Sinne, daß es sich hier um eine in der juristischen Terminologie[108]) nunmehr sogenannte dogowornaja nëustojka, »договорная неустойка«, um eine Vertragsstrafe für den Fall der Nichterfüllung, des tatsächlichen Rücktritts handelt.

---

[107]) Nach Pawlowsky, Russisch-deutsches Wörterbuch, wiedergegeben mit „Abstandsgeld". Ebenso in Koiransky, Wörterbuch.

[108]) Und in Wirklichkeit auch von den Parteien im russischen Original, wie Verfasser später erfuhr.

Auf die Vertragsstrafe findet der Art. 1585 Anwendung:

„Die im Vertrag bestimmte Strafe (неустойка) wird in der bestimmten Höhe beansprucht, aber unabhängig von dem Anspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages selbst, der auch bei Eintreibung der Vertragsstrafe in Kraft bleibt, es sei denn, daß aus dem Inhalt des Vertrages sich ergibt, daß er durch die Zahlung der Vertragsstrafe aufgehoben wird."

Die Bedeutung dieser Gesetzesbestimmung ist zum Teil umstritten.

Ergibt sich aus dem Inhalt des Vertrages, was die Parteien gewollt haben[109]), so ist das maßgebend. Wollen sie insbesondere, daß der Vertrag aufgehoben werden soll, daß also der Vertragsstrafe der Charakter eines „Abstandgeldes", eines „Reugeldes" für die Zukunft zukommt, so gilt dies — selbstverständlich.

Ist ihr erkennbarer Wille ein anderer — innerhalb der Schranken des Obligationenrechts, insbesondere der Bestimmungen über den Wucher[110]) — so ist dies gültig.

Haben aber die Parteien nichts in dieser Hinsicht vereinbart, so tritt das dispositive Recht in Wirksamkeit. Darnach bleibt trotz Zahlung der Vertragsstrafe der Vertrag in Kraft, es kann also Erfüllung verlangt werden[111]).

Aber darüber hinaus: es kann nach dem Wortlaut des Artikels auch Schadenersatz wegen Nichterfüllung neben und unabhängig von der Vertragsstrafe begehrt werden. Also nicht nur als Mindestbetrag des Schadens kann die Vertragsstrafe gefordert werden, wie nach deutschem bürgerlichen Gesetzbuch, § 340, Abs. 2 und § 341, Abs. 2 (und § 342, 2. Halbs.)[112]), Schaden und Vertragsstrafe haben gar nichts miteinander zu

---

[109]) Побѣдоносцевъ III, S. 278.

[110]) Анненковъ, Система III, S. 253 f. — Растеряевъ, S. 341.

[111]) Растеряевъ, S. 340.

[112]) Den Gegensatz zu den westeuropäischen Gesetzgebungen betont besonders Побѣдоносцевъ III, S. 281.

tun. Und gerade dagegen haben einige Schriftsteller [113]) [114]) in der russischen Rechtswissenschaft neuerdings Front gemacht und versucht, zu einer unserem deutschen Recht und den vorausgegangenen Entwicklungsstadien konformen Entscheidung zu gelangen. Daß die Vertragsstrafe neben Erfüllung des Vertrages gefordert werden könne, wollen diese Schriftsteller gelten lassen — aber sie bestreiten, daß sie neben und unabhängig von dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung einklagbar sei. Gegenüber dem ganz klaren Wortlaut des Art. 1585 kann dieser Angriff nicht als erfolgreich angesehen werden: ob er de lege ferenda berechtigt sei, ist eine andere Frage, der man auch noch skeptisch gegenüberstehen kann. Jedenfalls hat der Angriff auch in der russischen Rechtswissenschaft und Praxis nicht durchzudringen vermocht. Die überwiegende Mehrheit der Schriftsteller [115]) sowie die Praxis des Dirigierenden Senats [116]) läßt den Anspruch auf Vertragsstrafe unabhängig von dem Anspruch wegen Nichterfüllung des Vertrages zu [117]).

4. Ergebnis der Untersuchungen.

1. Die Zession bedurfte der Genehmigung des Dirigierenden Senates nach Art. 277 des Grashdanskoje Uloshenije.

Infolge des Mangels der Genehmigung ist die Zession anfechtbar durch Klage auf Aufhebung von seiten des Minderjährigen nach erlangter Großjährigkeit oder von seiten des Vormundes, und zwar bezüglich des Erbteiles des Minderjährigen.

So lange die Zession nicht angefochten ist, ist sie voll-

[113]) Sie sind angeführt bei Анненковъ III, S. 249 f.

[114]) Insbesondere Pergament in der gründlichen und scharfsinnigen Monographie: Договорная неустойка, 2. Aufl. 1905.

[115]) So Побѣдоносцевъ, Курсъ гражданскаго права III, S. 281. — Мейеръ, Русское гражданское право, S. 422. — Шершеневичъ, Учебникъ, S. 382. — Анненковъ III, S. 252 f. und die dort S. 248 Zitierten.

[116]) S. Анненковъ, Система III, S. 252, 253.

[117]) Nicht ganz klar Leuthold, Russische Rechtskunde, S. 145.

wirksam. Im vorliegenden Fall hat Anfechtung nicht stattgefunden, die Zession der Rechte des Leo Stein an den Kläger Josef Stein besteht also zu Recht.

2. Nach russischem Recht besteht ein Rücktrittsrecht bei zweiseitigen Verträgen, das dem deutschen Rechte bezüglich der Voraussetzungen analog ist. Ob diese Voraussetzungen im gegebenen Fall vorliegen, ist Tatfrage, deren Beantwortung natürlich dem Gutachter nicht obliegt.

Die Ausübung des Rücktrittsrechts erfolgt aber im Gegensatz zum deutschen und den germanischen Rechten nicht durch private Rücktrittserklärung gegenüber dem Vertragsgegner, sondern in Analogie zum französischen und den romanischen Rechten durch eine Klage auf Aufhebung („Vernichtung") des Vertrages durch das Gericht.

3. Die Vertragsstrafe, um die es sich hier handelt, kann nach Art. 1585 Grashdanskoje Uloshenije neben der Erfüllung, bezw. neben dem Schadenersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden.

II.

Vertragslösung.

Eine rechtsvergleichende Untersuchung als Exkurs zu dem Gutachten über russisches Recht.

Von

Dr. F. K. Neubecker,
Privatdozent an der Universität Berlin.

Im Anschluß an die Darstellung des russischen Rechts und an die Schwenkung, welche der neue russische Entwurf eines Obligationenrechts plant, seien einige rechtsvergleichende Betrachtungen hier angefügt.

I.

Die Grundfrage ist, wie man sich einseitig von einem Vertrag bezw. einer Verpflichtung oder von seinem Wort wieder lösen[1]) könne, ob mit „Eigenmacht" oder mit Staatshilfe im Wege des Prozesses. Und zwar kommt in Betracht das Loslösen wegen Mängel der Entstehung und wegen (späterer) Mängel der Durchführung.

Die ursprünglichen Mängel der Entstehung der Verpflichtung, oder die Mängel des Geschäftes können sehr mannigfacher Art sein, auch die Folgen können verschieden sein.

---

[1]) Vgl. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, § 922: ... die Verbindlichkeit von sich abzulehnen ...; § 925: Der Verbindlichkeit kann sich „entziehen" ...

Die Fehler können sich beziehen auf die Willenserklärung ihrer Entstehung und ihrem Inhalte nach, oder auf Ergänzungsbedürftigkeit derselben; die Folgen können sein: Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Willenserklärung (des Rechtsgeschäftes). Die Geltendmachung der Nichtigkeit kann eine außerprozessuale, beliebige, formlose, unbedingte und unbetagte, schlankweg absolute sein; sie kann an Frist und Form, insbesondere an prozessualische Form, an Klage gebunden sein [2]).

Die Anfechtung kann der Geltendmachung der Nichtigkeit analog gestaltet, insbesondere entweder eine prozessualische oder eine außerprozessualische sein. Bezüglich ihrer Wirkung sind auch verschiedene Auffassungen möglich: sie kann ex tunc wirken und das angefochtene Rechtsgeschäft als von Anfang an wirkungslos erscheinen lassen, sie kann ohne solche Rückwirkung lediglich ex nunc das Geschäft vernichten und dann nicht sowohl das Geschäft berühren, als vielmehr die Wirkungen in die Zukunft hinein abschneiden.

Mit diesen Andeutungen sollen die Möglichkeiten nicht erschöpft werden: lediglich die Hauptgesichtspunkte waren festzustellen für die rechtsvergleichende Skizze, soweit sie hier anzufügen ist.

Hauptsächlich kommen hier in Betracht die Wirkungen der Willensmängel: Irrtum, Zwang, Betrug. Bedarf es zur Geltendmachung derselben einer Klage (Nichtigkeitsklage, Anfechtungsklage oder auch Aufhebungs- oder Auflösungsklage) oder wirken sie ohne solche Klage entweder schlankweg (einfache, unbedingte Nichtigkeit) oder nach privater Auflösungs- oder Anfechtungserklärung?

Betrachte ich andererseits die Lösung eines Verhältnisses wegen Mängel der Durchführung eines Geschäftes oder wegen späterer Mängel, welche der Begründung als solcher nicht

---

[2]) Vgl. Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, 1847, S. 29 ff. — Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 82. — Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, 1892, § 22, S. 239 ff.

anhaften, die Fälle des „Rücktritts“ oder der „Kündigung“ oder wie man sonst sich ausdrücken mag[3]), so ergibt sich offenbar, daß auch hier unter diesem allgemeinen Gesichtspunkt ein sehr weites Gebiet durchforscht werden könnte. Aber auch hier will ich mich an den Anlaß dieses Exkurses und an den Rahmen, in den er eingefügt wird, halten — und nur den Rücktritt von zweiseitigen Vertragsverhältnissen bei Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung von seiten des anderen Vertragsteiles ex professo behandeln. Insbesondere aber lasse ich beiseite die „Kündigung“ von einzelnen Verhältnissen vor Ablauf der Vertragszeit aus „wichtigem Grunde“, so die Kündigung von Miete, Pacht, Dienstverhältnissen. Kann nun der eine Teil vom zweiseitigen Vertrage zurücktreten, wenn der andere Teil nicht oder nicht gehörig erfüllt, und wie ist das Rücktrittsrecht auszuüben? Bedarf es einer Klage auf Aufhebung oder Auflösung durch richterliches Urteil oder genügt die Rücktrittserklärung in irgendwelcher privaten Form?

II.

Den Grundgedanken der geschichtlichen Entwicklung bringt eine Parallele wohl am treffendsten zum Ausdruck, nämlich die Parallele der rechtsgeschäftlichen und der körperlichen oder tatsächlichen Selbsthilfe, oder der juristischen und physischen Eigenmacht.

Die Entwicklung führt einerseits zur Einschränkung der physischen, körperlichen Eigenmacht mit stets erweiterter Verstaatlichung des Rechtszwanges und der Rechtsverwirklichung; andererseits von der rechtsgeschäftlichen Staatshilfe zur rechtsgeschäftlichen Selbsthilfe.

Freilich: auf einem Gebiete des Privatrechts findet sich dabei eine Sonderentwicklung, das ist im Familienrecht, das der Staat (bezw. der andere öffentliche Verband, die Kirche)

---

[3]) So kann man von einem „Recht des Kontraktbruches“ sprechen — vgl. dazu unten das schwedische Recht.

seiner Herrschaft unterwirft und das er nach den Gesichtspunkten des öffentlichen Interesses als jus cogens in wesentlichen Beziehungen ausgestaltet. Hier bleibt wenig Raum für die Autonomie des Individuums. So haben wir Verstaatlichung des Eherechts vor allem, Verstaatlichung der Eheanfechtung, Ehenichtigkeit, Ehescheidung, mit staatlicher Nachprüfung des Grundes der Erklärungen. So verlangt man (normalerweise) eine Klage zur Anfechtung und Geltendmachung der Nichtigkeit der Ehe [3a]) und zur Scheidung derselben (§§ 1329, 1341, 1564 Deutsches B.G.B.).

Anschließend ist zu bemerken, daß auch sonst in einzelnen Fällen, bei allgemein oder öffentlich bedeutsamen Verhältnissen in ähnlicher Weise ein staatliches Eingreifen, ein prozessualisches Vernichten stattfindet, so bei Anfechtung eines Erbschaftserwerbes wegen Erbunwürdigkeit [4]) oder bei Nichtigkeit einer Aktiengesellschaft [5]) oder einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung [6]) — aber im allgemeinen steht das sonstige Privatrecht auf einem anderen Boden als das persönliche Familienrecht. Während nun das antike Familienrecht im strikten Gegensatz zu unserer modernen Auffassung der privaten Willkür freiesten Spielraum läßt, und jedes Eingreifen des

[3a]) Bei der Lösung des Verlöbnisses schwankt die Entwicklung. Das Mittelalter strebt nach Gleichstellung mit der Ehe und verlangt Scheidung (Lösung) durch öffentliche (kirchliche) Organe. Vgl. Richter-Dove-Kahl, Kirchenrecht, S. 1200. — Hinschius, Kirchenrecht in Birkmeyers Enzyklop., S. 52. — Scheurl, Eherecht, S. 387. — Bartels, Ehe und Verlöbnis, S. 204. — Boehmer, Jus eccles. protest. IV, I, § 161. — Nachwirkungen zeigen sich im schwedischen Familienrecht.

[4]) B.G.B. § 2342.

[5]) H.G.B. § 309.

[6]) Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, § 60 ff. Aehnlich wollen Chironi und Abello das ganze romanische System der staatlichen Auflösung jedes Geschäftes im Wege des richterlichen Urteils auf Klage hin rechtfertigen: Chironi e Abello, Trattato di diritto civile italiano I, S. 500: La legge, a maggior cautela dei varî interessi che si possono trovare in conflitto a ragion del vizio infirmante il negozio, vuole invece l'intervento del magistrato . . .

Staates perhorresziert, ja sogar eine Scheidung durch bloß einseitiges repudium zuläßt[7]), geht es sonst von anderen Grundsätzen aus.

Im Anfang herrscht das Wort — und zwar das förmliche Wort[8]).

Ist das Wort einmal gesprochen und hat es die bindende Wirkung geäußert, dann gibt es kein Zurück; die Willensmängel und die Willensschwäche bleiben unberücksichtigt.

Das Formalgeschäft bindet — aber die aequitas[8a]) äußert lockernde Wirkung und löst das straffe Band.

Klagt der formal aus dem Geschäfte Berechtigte, so gibt es exceptio doli — in spezieller Gewandung als exceptio non adimpleti contractus — so gewinnt man die Rechtskraft des abweisenden Urteils, klagt er nicht — was dann? Abwarten kann ratsam sein — aber das Hängen und Würgen ist nicht immer gut und nicht jedermanns Sache.

Sich selbst lösen? Das gibt es nicht! Der Staat, das staatliche Organ muß angerufen werden[8b]) — der Prätor löst

---

[7]) Das gilt auch für das deutsche Recht (Brunner, Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, S. 194), für das altschwedische Recht (Nordström, Den svenska samhälls-författningens historia II, S. 34 [uppsägelse af vidare sammanlefnad inför vittnes eller å tinget]), für das altnorwegische Recht (Brandt, Forelæsninger over den norske Retshistorie [Kristiania 1880], I, S. 126: „Ægteskabets Opløsning [hjónaskilnaðr] var i den hedenske Tid ganske overladt til enhver af Parternes eget Forgodtbefindende), für dänisches Recht (Kolderup-Rosenvinge, Grundrids af den danske Retshistorie. 3. Oplag. S. 137). Ueber die griechische ἀπόπεμψις, ἀποπομπή und ἀπόλειψις vgl. Beauchet, Histoire du droit privé de la République Athénienne I (1898), S. 377/78.

[8]) Vgl. zur Geschichte Neubecker, Der abstrakte Vertrag, 1903, S. 7 f. und dort Zitierte. — Vgl. Gesetzbuch für Montenegro, Art. 906.

[8a]) Vgl. Giorgi, Teoria delle obbligazioni, Bd. VIII, S. 223.

[8b]) Vgl. Nathan, The Common Law of South Africa, Bd. II (1904), S. 689 ff.

die Fesseln, er gibt restitutio in integrum — bei Minderjährigkeit, Zwang, Betrug, Irrtum [9]).

Für zweiseitige Verträge aber gab es kein Rücktrittsrecht [10]) [10a]).

---

[9]) Vgl. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I, § 116. — Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, 1847, S. 87 f. — Dernburg, Pandekten, Bd. I, § 139 f. u. Anm. 2, woselbst die actio redhibitoria zur Vergleichung herangezogen wird. — Vgl. auch Nathan, The Common Law of South Africa, Bd. II. Grahamstown-London 1904, S. 691.

[10]) Vgl. Windscheid-Kipp II, §§ 280, 321. Die Innominat(real)-kontrakte nehmen eine Sonderstellung ein. — Vgl. auch Planiol, Traité élémentaire de droit civil, Bd. II (1905), S. 440, Nr. 1310: La résolution des contrats pour inexécution par l'une des parties n'est pas un fait primitif dans le développement des institutions. L'ancien droit ne la connaissait pas. — Vgl. auch Giorgi, Teoria delle obbligazioni, Bd. IV, S. 213.

[10a]) Ueber das baltische Recht vgl. Erdmann, System des Privatrechts der Ostseeprovinzen Liv-, Esth- und Kurland. Irrtum I, S. 193 ff.; Betrug I, S. 196 ff.; Zwang I, S. 198 f. Bd. IV, S. 114, 164, 322. — Grundsätzlich ist ein Rücktrittsrecht versagt, IV, S. 114: „Die gegnerische Nichterfüllung des zweiseitigen Schuldvertrages gibt übrigens dem Erfüllenden regelmäßig kein Recht, auch seinerseits vom Vertrage zurückzutreten", aber im Falle des Schuldnerverzuges doch, wenn's nötig ist. Bd. IV, S. 164/65.

Provinzialrecht III, Art. 3210: „Auch in dem Falle darf einer der Kontrahenten von dem Vertrage ohne Zustimmung des anderen nicht abgehen, wenn und weil letzterer den Vertrag nicht erfüllt." (Vgl. Oesterreich. B.G.B., § 919.)

Provinzialrecht III, Art. 3321: „Das Interesse kann möglicherweise auch in der Aufhebung des Vertrages bestehen, wenn der Zweck, welchen der Gläubiger durch den Gegenstand des Forderungsrechts erreichen wollte, durch den Verzug des Schuldners vereitelt ist, oder wenn der Gläubiger veranlaßt worden, einen anderen Weg zur Erreichung des Zweckes einzuschlagen."

Ueber Irrtum: Provinzialrecht III, Art. 2954—2976 (Art. 2961: „Wesentlicher Irrtum bewirkt Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes" . . .). Ueber Betrug: Art. 2977—2980 (Art. 2979, Satz I: „Ist der Betrogene durch den Betrug überhaupt zur Eingehung des Rechtsgeschäfts verleitet worden, so kann er auf dessen Aufhebung klagen"). Ueber Zwang:

Im Ausgangspunkte stimmt damit das deutsche und germanische Recht überein[11]. Daß die einzelnen hierher gehörigen Bestimmungen nicht präzise ausgebildet sind, darf dabei nicht wundernehmen.

Man hängt am Worte, und nimmt beim Worte, obwohl das zum Kniff und zur Schikane führt. Wie weit das zulässig sei, war eine Anstandsfrage.

Darum ist da „kein Raum für eine Irrtumslehre“ [12], auch nicht für Täuschung oder Betrug, wie aus den von v. Amira angeführten Beispielen hervorgeht; „nur zu vereinzelten Anläufen ist es gekommen, welche sich gegen betrügliche Ausbeutung der Wortform kehrten.“

Beim Zwang dagegen verhielt sich das Recht anders: „Ein rechtswidrig abgenötigtes Versprechen, selbst das mit Handschlag abgegebene (nauđa handsal) brauchte man nicht zu halten [13].“

Soweit Rücktritt oder Auflösungsbefugnis vorkommt, ist er nach westnordischen Quellen formalisiert, und zwar ist das auflösende Moment dann die Willenserklärung des Rücktritts- oder Auflösungsbefugten; nicht erfolgt ein Urteil auf Klage hin, sondern die in bestimmter Form, öffentlich erfolgte Erklärung als solche bewirkt die „Auflösung“, bewirkt, daß der Vertrag „los“ oder „gelöst“ (lauss) werde, oder daß er „zerbreche“ (rofnar), oder „zurückgehe“ (gengr aptr), oder daß er „ruhig“ (kyrr) sei [14].

Art. 2981—2988 (Art. 2986: „Ein durch Drohung herbeigeführtes Rechtsgeschäft ist keineswegs nichtig; allein der Gezwungene ist berechtigt, die Aufhebung des Geschäfts zu verlangen.“ — Wie? Von wem?) —

Ueber das kapholländische Recht vgl. Nathan, The Common Law of South Africa, Bd. II (1904), Mistake S. 556 ff., Fraud S. 564 ff., Fear and undue influence S. 573 ff. — Discharge on Non-Performance S. 617 ff.

[11]) Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 288/89. Vgl. auch zu der ganzen Lehre Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts I, S. 60 ff.

[12]) v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht II, S. 303.

[13]) v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht II, S. 304.

[14]) v. Amira, Nordgerm. Obligationenrecht II, S. 581 ff., § 80: „Vertragsauflösung“. — Vgl. auch II, S. 698 ff., I, S. 567 ff.

Die dargestellten Grundzüge sind für die beiden Rechtsgebiete charakteristisch.

Im römischen Recht wird Staatshilfe gewährt, soweit eine Möglichkeit der Lösung vom bindenden Worte besteht, in germanischen Rechten erfolgt solche Hilfe durch autonome Erklärung.

Diese Grundzüge sind geblieben — trotz aller Wandlungen im einzelnen [15]).

Die in integrum restitutio macht ordentlichen actiones Platz [16]), der Irrtum nur macht, soweit er überhaupt wirksam ist, das Geschäft nichtig.

Der Gedanke der selbstherrlichen, autonomen Umstoßung eines überhaupt umstoßbaren Geschäfts ist germanisch; das bureaukratische Bedürfnis staatlicher Hilfe in einer Auflösungs-, Reszissions-, Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage ist römisch und vom römischen Recht in die romanischen Rechte übergegangen [16a]).

Die slawischen Rechte spielen im ganzen auf diesem Gebiete keine selbständige Rolle, wie dies schon aus der oben gegebenen Darstellung des russischen Rechts sich ergibt.

---

[15]) Nach den Motiven II, § 369, S. 209 gab es nach dem gemeinen Rechte einen Rücktritt des Gläubigers bei Verzug des Schuldners, wenn die Leistung kein Interesse mehr für den Gläubiger infolge des Verzugs hatte. — Vgl. baltisches Provinzialrecht III, Art. 3321. — Erdmann, System, Bd. IV, S. 164. — Oben, Anm. 10a.

[16]) Vgl. Dernburg, Pandekten I, § 103, „Zwang", § 104, „Betrug". Windscheid-Kipp I, §§ 78, 80.

[16a]) Vgl. Barassi, Teoria della ratifica del contratto annullabile, Milano 1898, S. 120: „. . . possiamo convenire nell' opinione comune per cui l'annullabilità del nostro Codice è storicamente una derivazione della restitutio in integrum romana." — Giorgi, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, 1899, Bd. IV, S. 2: „Le prime origini di questa distinzione bisogna pure cercarle nella procedura romana." Vgl. auch Giorgi, Bd. VIII, 1901, S. 223. — Vgl. Burón García, Derecho civil español, T. I, 1898, S. 657 ff., 668.

III.

Die Rechtsgebiete des germanischen Prinzips sind an erster Stelle zu betrachten.

1. Das deutsche Recht [17]).

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich hat den dem germanischen Recht entsprechenden Gedanken der grundsätzlich freien, autonomen Umstoßung eines Rechtsgeschäfts bezw. Auflösung eines Rechtsverhältnisses. „Anfechtung“, „Rücktritt“, „Widerruf“, „Kündigung“ [18]) etc. sind formlos: sie sind einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärungen.

Speziell bezüglich der „Anfechtung“ (wegen Irrtum §§ 119, 120; Täuschung, Drohung § 123) bestimmt der § 143 Abs. I: „Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner.“

Diese Bestimmung entspricht dem § 113 Abs. I des ersten Entwurfs. Daß damit ein außerordentlich wichtiger Satz von fundamentaler Bedeutung aufgestellt wurde, liegt klar, wenn man die historische Entwicklung betrachtet und einen rechtsvergleichenden Blick auf die anderen Rechte wirft [19]). Zieht man die Motive zum ersten Entwurf heran, so berührt die Gleichmütigkeit seltsam [20]). „Zur Anfechtung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts genügt nicht eine beliebige, auf die Entkräftung desselben gerichtete Willenskundgebung des Anfechtungsberechtigten, sondern es ist eine gegenüber dem Anfechtungsgegner abzugebende, den Anfechtenden bindende Willenserklärung zu erfordern. Die Anfechtung lediglich

---

[17]) Vgl. Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 188 f., 201 f., 203.

[18]) Vgl. dazu Motive II, S. 211, Anm. 2. — Vgl. auch Dernburg, Das bürgerliche Recht I, S. 353.

[19]) Vgl. Dernburg, Das bürgerliche Recht I, S. 352.

[20]) Motive I, S. 220 f.

im Wege der Klageerhebung zuzulassen, würde zwar den Vorteil gewähren, daß das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein der Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer erfolgten Anfechtung alsbald festgestellt und einer möglicherweise längeren Dauer der Ungewißheit vorgebeugt würde. Die Ausübung der Anfechtung würde indessen damit ohne Not erschwert. Die Beteiligten sind auch jederzeit durch ihnen zu Gebote stehende Rechtsbehelfe (vgl. Z.P.O. §§ 231, 254) in der Lage, auf die Beseitigung einer etwas länger andauernden Unsicherheit hinzuwirken. Ausnahmsweise formalisiert ist die Anfechtung der Ehe, der Anerkennung der Ehelichkeit eines Kindes, der Ausschlagung und der Annahme einer Erbschaft, sowie des Verzichtes auf das Inventarrecht."

Das ist zutreffend [21]). Aber die Bedeutung kommt kaum genügend zum Ausdruck. Daß ein Prozeß eine Erschwerung sei, wird gesagt — aber nicht scharf genug betont, daß er vielfach ein unsinniges Hemmnis und auf alle Fälle der jetzigen Gestaltung des deutschen Rechts gegenüber eine höchst unnütze Ausgabe für den Betroffenen bedeuten würde [22]). Neben diesem praktischen Gesichtspunkt findet sich nun keinerlei historischer und rechtsvergleichender Hinweis. Fast könnte es scheinen, als ob das volle Bewußtsein der großen befreienden Tat gegenüber dem römischen Recht und den Unklarheiten [23]) des gemeinen Rechts gefehlt hätte.

---

[21]) Darnach ist die Darstellung von Montgomery, Handbok i Finlands allmänna privaträtt, Första delen. Helsingfors 1895, S. 581, Anm. 6 zu berichtigen. Montgomery behauptet, „anfechtbar" nach dem deutschen Entwurf bedeute: „Kunna genom väckt klandertalan förklaras ogiltig."

[22]) Hellwigs Lehre von der Wirkung der außerhalb des Prozesses geltend gemachten Einrede würde diese Schwierigkeit beheben. Vgl. Hellwig, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I, S. 250 ff. — Ueber die „Strömung im gemeinen Rechte" vgl. daselbst I, S. 251, Anm. 26. Die Richtigkeit dieser Behauptung ergibt sich aus der Betrachtung der oben erläuterten Grundsätze.

[23]) Vgl. Hellwig I, S. 251, Anm. 26.

Aehnlich verhält es sich mit dem Rücktritt vom zweiseitigen Vertrag bei Schuldnerverzug. B.G.B. § 326. E. I, § 369. Die Motive[24]) weisen darauf hin, daß hier entsprechend dem französischen Recht Code civil, Art. 1184 das Rücktrittsrecht gewährt werde, daß es wie ein vertragsmäßiges Rücktrittsrecht auszuüben sei (E. I, § 426), durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil[25]). Daß das französische Recht aber eine Auflösungsklage fordert, das scheint nicht weiter beachtet worden zu sein[26]).

Doch mag dem sein, wie ihm wolle: fest steht, daß das germanische Prinzip der rechtsgeschäftlichen Selbsthilfe im Bürgerlichen Gesetzbuch zu vollem Ausdrucke gelangt ist:

Selbst ist der Mann, der sich bindet — und auch löst, wenn es sein darf und muß[26a]).

2. Das schweizerische Recht.

Die Stellung des schweizerischen Obligationenrechts ist gleich der des geltenden deutschen Rechts. Nach dem Wortlaut der §§ 18, 24, 26 sollte man freilich etwas anderes annehmen.

§ 18. Der Vertrag ist für denjenigen Teil unverbindlich, welcher sich beim Abschluß desselben in einem wesentlichen Irrtum befunden hat.

§ 24. Ist ein Teil durch betrügerische Handlungen des anderen zu dem Vertragsabschlusse verleitet worden, so ist der Vertrag für ihn auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war.

§ 26. Ist der eine Teil von dem anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung gegründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag für jenen nicht verbindlich.

---

[24]) Motive II, S. 209 f.

[25]) Motive II, S. 280.

[26]) Vgl. Dernburg, Das bürgerliche Recht I, S. 352.

[26a]) Dies Prinzip muß auch bei Wandlung, bezw. Minderung (§ 465) gelten.

Darnach wäre ein „Vertrag" — von „Willenserklärungen" ist nicht die Rede — wegen Irrtums, Betrugs, Zwangs einfach unverbindlich. Das sieht nach „Nichtigkeit" aus. Daß es sich aber bei dieser „Unverbindlichkeit" in Wirklichkeit nur um Anfechtbarkeit handelt, ergibt sich aus § 28, Abs. I, Satz 1: „Wenn der durch Irrtum, Betrug oder Furcht beeinflußte Teil binnen Jahresfrist weder dem anderen eröffnet, daß er den Vertrag nicht halte, noch eine schon erfolgte Leistung zurückfordert, so gilt der Vertrag als genehmigt."

Dieses „Eröffnen" ist einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung; nach der Grundauffassung des schweizerischen Obligationenrechts von deklarativer Bedeutung, in der Wirkung aber schließlich kommt solches „Eröffnen" dem Anfechten des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches gleich. Auch die Frist zeigt bis auf den Irrtum (§ 121 B.G.B.) Uebereinstimmung. Freilich — die absolute Frist von 30 Jahren fehlt.

Auch der Rücktritt im Falle des Verzuges bei zweiseitigen Verträgen ist im schweizerischen Obligationenrecht entsprechend geregelt. § 122: „Wenn sich bei zweiseitigen Verträgen der eine Teil im Verzuge befindet, so ist der andere berechtigt, ihm eine angemessene Frist zur nachträglichen Erfüllung anzusetzen oder durch eine zuständige Behörde ansetzen zu lassen mit der Androhung, daß mit Ablauf dieser Frist der Vertrag aufgelöst sei" [27]).

3. Das österreichische Recht

steht natürlich auf älterem Standpunkt als die beiden genannten Rechte, außerdem zeigt das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch redaktionelle Mängel und Lücken. So ist manches auch in der Literatur umstritten.

Für die allgemeine Betrachtung der Willensmängel sind maßgebend die §§ 869—877.

---

[27]) Vgl. noch §§ 234, 277.

Der wesentliche Irrtum ist zu beachten, wenn der andere Kontrahent den Irrtum bemerkt hat oder hätte bemerken müssen und außerdem, wenn er selbst den Irrtum durch objektiv falsche Angaben absichtlich oder unabsichtlich hervorgerufen hat (§ 871) [28]. Das Gesetz sagt im § 871: „so entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit" [29].

Ist darnach nun Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit gegeben? Die Meinungen sind geteilt. So sind Pfaff, Krainz, Ehrenzweig für relative Nichtigkeit, der Vertrag soll nur auf seiten (zu Gunsten) des Irrenden nichtig sein [30], desgleichen Burckhard [31], wenigstens für die Hauptfälle, während Pfersche das Recht der Anfechtung gibt [32].

Bei Drohung (Furcht) sind Pfaff, Krainz, Ehrenzweig [33] ebenfalls für relative Nichtigkeit, und zwar soll eine Klage auf „Aufhebung des Vertrages" nach § 875 B.G.B. das Mittel zur Geltendmachung der Nichtigkeit des Vertrages sein.

Ob solche Klage nötig sei, wird nicht gesagt.

Dagegen behauptet Burckhard [34] Anfechtbarkeit. Aus

---

[28] Vgl. Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1905, I, S. 282. Das trifft auch den Betrug. Aehnlich das englische Recht in dem Falle Torrance v. Bolton, Addison, Law of Contracts, S. 119, Anmerkung 5. — Vgl. auch die Ausführungen über die skandinavischen Rechte, unten S. 58 ff., 90 ff.

[29] Das privatrechtliche Gesetzbuch für den Kanton Zürich, § 926, steht auf dem älteren gemeinrechtlichen Standpunkt und läßt jeden wesentlichen Irrtum den Vertrag nichtig machen. „Ein wesentlicher Irrtum eines der beiden Kontrahenten verhindert das Zustandekommen des Vertrages." In welchem Verhältnis freilich § 932 dazu steht, mag dahingestellt bleiben. Die Erklärungen Bluntschlis zu beiden Paragraphen vermögen kaum alle Bedenken zu heben.

[30] System I, S. 282.

[31] System des österreichischen Privatrechts II, S. 310.

[32] Pfersche, Allgemeine Lehren des bürgerlichen Rechts, 1907, S. 48.

[33] System I, S. 303.

[34] System II, S. 312.

dem Wortlaut des § 870, Satz 1: „Wer von dem annehmenden Teile durch ungerechte und ungegründete Furcht zu einem Vertrage gezwungen worden, ist ihn zu halten nicht verbunden,“ kann man für Anfechtbarkeit präsumieren: es soll die Gültigkeit beim Gezwungenen stehen[35]).

Für Anfechtbarkeit spricht sich auch Pfersche aus[36]).

Bezüglich des Rücktritts ist nun die Regelung des österreichischen Rechts höchst einfach — wenn auch darum nicht gerade lobenswert: der Rücktritt wird versagt. § 919: „Wenn ein Teil den Vertrag entweder gar nicht, oder nicht zu der gehörigen Zeit, an dem gehörigen Orte, oder auf die bedungene Weise erfüllet, so ist der andere Teil, außer den in dem Gesetze bestimmten Fällen, oder einem ausdrücklichen Vorbehalte, nicht berechtigt, die Aufhebung, sondern nur die genaue Erfüllung des Vertrages und Ersatz zu fordern“[37]).

4. Das englisch-amerikanische Recht.

Die Willensfehler werden in mancher Hinsicht ähnlich der älteren gemeinrechtlichen Lehre, dem österreichischen und

---

[35]) Freilich scheint mir Burckhard dabei nicht ganz im Einklang mit seiner Irrtums- und Betrugslehre zu sein. Denn schließlich ist der Wortlaut von solcher Verschiedenheit denn doch nicht (§ 871: es entsteht für den Irregeführten keine Verbindlichkeit. § 875: der Bedrohte „ist ihn zu halten nicht verbunden“).

Vgl. auch § 922 des Gesetzbuchs für Zürich: Wer durch physischen Zwang oder durch ernstliche Drohungen, welche eine gegründete Furcht erregen, genötigt worden ist, einen Vertrag einzugehen, ist berechtigt, die Verbindlichkeit desselben von sich abzulehnen . . . § 925: „Der Verbindlichkeit des Vertrags kann sich entziehen und auf Wiedererstattung des Geleisteten klagen, wer durch Betrug des anderen Kontrahenten zur Eingehung desselben verleitet worden ist.“

[36]) Pfersche, Die allgemeinen Lehren, S. 48. Vgl. auch zum österreichischen Rechte Ђорђевић, Систем грађанског (приватног) права Краљевине Србије.

[37]) Vgl. das serbische Recht, unten S. 118. Aehnlich die ältere russische Praxis. S. oben Gutachten, S. 26.

züricherischen Recht behandelt, in anderer Hinsicht gleicht die Ausgestaltung dem heutigen deutschen Recht.

The general rule of private law is that mistake as such has no legal effects at all[38]). Aber Irrtum kann in doppelter Weise Bedeutung erlangen: but mistake may be such as to prevent any real agreement from being formed[39]); in which case the agreement is void (nichtig)[40]): or mistake may occur in the expression of a real agreement; in which case, subject to rules of evidence, the mistake can be rectified[41]) [42]).

---

[38]) Pollock, Principles of contract, 7 ed. 1902, S. 441. Es gilt „Erklärungstheorie" im englischen Recht. Vgl. Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 28.

[39]) Vgl. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, § 926. Ein wesentlicher Irrtum eines oder beider Kontrahenten verhindert das Zustandekommen des Vertrags. Dazu bemerkt Bluntschli: Ist der Irrtum ein wesentlicher, so fehlt es an der nötigen Willensübereinstimmung. Deshalb ist ein derartiger (Schein-)Vertrag in sich selbst nichtig.

[40]) Nichtigkeit gilt auch nach schottischem Recht. Erskine, Principles of the Law of Scotland, 1903, S. 258.

[41]) Vgl. Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, § 930. Ein bloßer Rechnungsirrtum hindert die Gültigkeit des Vertrags nicht, kann aber berichtigt werden. Dazu gibt Bluntschli die Anmerkung: z. B. bei der Ausrechnung des Preises einer nach dem Gewicht gekauften Ware wird ein Irrtum gemacht und der wirkliche Preis zu groß oder zu gering angesetzt. Da ist der Kaufvertrag nicht ungültig, aber der Irrtum kann berichtigt werden. Welche juristische Eigenschaft hat dies „Berichtigen", das „rectify"?

Vgl. auch Art. 1266, Abs. III des spanischen Código civil: El simple error de cuenta sólo dará lugar á su corrección.

Art. 665. Codigo civil portuguez: O simples erro de calculo arithmetico, ou de escripta, só dá direito á sua rectificação.

Art. 946 des Allgemeinen Gesetzbuchs über Vermögen für das Fürstentum Montenegro: Ein Rechnungsfehler soll niemandem zum Nachteile gereichen. Es ist demnach derjenige, zu dessen Nachteil ein Rechnungsfehler unterlaufen ist, jedenfalls berechtigt, die Richtigstellung und den Ersatz des Schadens von demjenigen zu begehren, der aus dem Rechnungsfehler einen Nutzen gezogen hatte, und zwar nach Maß des

Im Gegensatz dazu stehen die durch Betrug oder Drohung veranlaßten Willenserklärungen (Verträge):

Contracts induced by fraud are not void, but voidable[43] (anfechtbar) at the option of the party deceived.

Contracts entered into under coercion or undue influence are not void, but voidable at the option of the party on whom coercion or undue influence is exercised[44].

Die betrogene oder gezwungene Partei hat die Wahl, das Geschäft gelten zu lassen oder nicht: it is for the party defrauded to elect whether he will be bound[45].

Die Bestätigung ist unwiderruflich — when the contract is once affirmed, the election in completely determined; and for this purpose it is not necessary, that the affirmation should be express[46].

Wählt die anfechtungsberechtigte Partei dagegen die Anfechtung, so kann diese auf verschiedene Weise, prozessual in der Aggressive und Defensive, sowie außerprozessual durch formlose Erklärung erfolgen.

If on the other hand the party elects to rescind, he is to manifest that election by distinctly communicating to the

---

bezogenen Vorteils. (Nach der Uebersetzung von Shek, Berlin 1893, S. 174.)

[42]) Pollock, Principles of contract, S. 440. — Vgl. auch Addison, S. 118 ff.

[43]) Vgl. Addison, Law of contracts, 9. Aufl., S. 71. A contract which is void has no legal effect (sehr viel richtiger als die Behauptung, ein „nichtiges“ Geschäft sei gleich einem „Nichtgeschäft“), and binds neither party — a contract which one of the parties may set aside under certain conditions is voidable only; but unless set aside, is binding on both parties.

Ebenso nach schottischem Recht, vgl. Erskine, Principles of the Law of Scotland, 1903, 20. Aufl., S. 259 f.

[44]) Pollock, Principles of contract, S. 440. — Anders nach schottischem Recht. Erskine, Principles of the Law of Scotland, S. 258, Ziff. 2. Hier ist das Geschäft nichtig.

[45]) Pollock, Principles, S. 578.

[46]) Pollock, Principles, S. 578.

other party his intention to reject the contract and claim no interest under it. One way of doing this is to institute proceeding to have the contract judicially set aside, and in that case the judicial rescission, when obtained, relates back to the date of the commencement of such proceedings. Or if the other party is the first to sue on the contract, the rescission may be set up as a defence, and this is itself a sufficient act of rescission without any prior declaration of an intention to rescind [47]).

Where the rescission is not declared in judicial proceedings, no further rule can be laid down than that there should be „prompt repudiation and restitution as far as possible". The communication need not be formal, provided it is a distinct and positive rejection of the contract, not a mere request or inquiry, which is not enough [48]).

Zu der Anfechtung führt Addison [49]) noch des näheren folgendes aus:

A party who intends to repudiate a contract on the ground of fraud (oder aus anderem Grunde) should do so as soon as he discovers the fraud (vgl. „unverzüglich" § 121 B.G.B.); for, if, after the discovery of the fraud, he treats the contract as a subsisting contract, or, if, in the interval whilst he is deliberating, an innocent third party has acquired an interest in the property, or if in consequence of his delay the position even of the wrongdoer is affected, he will be deemed to have waived his right of repudiation, and must then bring an action for damages for the deceit. And, whenever a party to a contract has a right to elect whether he will avoid it or treat it as a subsisting contract, his election may be manifested by acts as well as by words, and when once made is final, and cannot be retracted. . . .

---

[47]) Vgl. B.G.B. § 478.

[48]) Pollock, Principles of contract, S. 580. Vgl. außerdem noch S. 636, 576/77, 497 f.

[49]) Addison, Law of contracts, S. 115.

Die Frage des Rücktritts von zweiseitigen Verträgen wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung des anderen Teiles ist im englischen Rechte nicht mit der wünschenswerten Klarheit geregelt. Die Entscheidungen widersprechen sich. Immerhin geht die Tendenz dahin, das Rücktrittsrecht anzuerkennen und so ist das geltende englische Recht über den Standpunkt des österreichischen und des ihm folgenden serbischen [50]) Rechtes und der älteren russischen Praxis hinausgeschritten.

Charakteristisch sind die allgemeinen Ausführungen Pollocks [51]):

When a contract consists in mutual promises which on one or both sides are not to be completely performed at one time, and a party who has not performed the whole of his own obligation complains of a failure on the other side, questions arise which may be of great difficulty. How far is the plaintiff bound to show performance of the contract on his own part, or readiness and willingness to perform? Or, to look at it from the other side, how far will a failure of one party to fulfil some part of his duties under the contract have the effect of discharging the other party from further performance or the offer thereof on his part? Such cases have been of increasing frequency and importance in recent times, especially with regards to contracts for delivery and payment by instalments [53]). . . . From Lord Mansfield's time to the present attempts have been made to lay down rules for determining, in the absence of express provisions or other clear indication of intent, the relation of the one party's obligation to the other as regards the order of performance of mutual promises and the extent to which either is bound to accept performance of part, notwithstanding failure to perform other part. In the earlier decisions the courts inclined to treat the

---

[50]) Vgl. unten S. 119.

[51]) Pollock, Principles of contract, S. 259 f.

several terms of a contract, unless expressed to be dependent on the other party's performance, as separate and independent promises, paying little regard to the effect which default in some or one of them might produce in defeating the purpose of the contract as a whole. At this day the tendency is the other way.

So ist generell also die Tendenz heutzutage auf Zulassung des Rücktritts gerichtet. Aber einzelnes ist zweifelhaft.

Pollock bemerkt darüber folgendes [52]):

Peculiarly troublesome questions have arisen upon contracts for the sale of goods to be delivered and paid for by instalments. It is not yet settled whether failure to deliver the first or any subsequent instalments [53]) is or is not presumed, in the absence, of any special indication of the parties' intention, to go to the whole of the consideration and entitle the buyer to refuse acceptance of any further deliveries. It seems to be admitted that failure on the buyer's part to pay according to the terms of the contract for the first or any particular instalment as delivered is not of itself a breach of the entire contract; but such default or refusal may by the reason assigned for it, or because of other particular circumstances, manifest an intention to repudiate the contract as a whole, in which case the seller may justly refuse, in his turn to go on with the contract.

Darnach ist das Rücktrittsrecht eine Frage der Vertragsauslegung, des Willens der Parteien, — ein fingiertes Vertragsrecht, ganz entsprechend auch der systematischen Stellung der Materie bei Pollock.

Die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts sind nun keineswegs bestimmt und sicher: was genügt zu repudiate the con-

---

[52]) Pollock, Principles of contract, S. 266. Vgl. auch Anson, Principles of the English Law of contract. American Edition by Huffcut, 1906, S. 356 f.

[53]) Es liegt also ähnlich wie bei der Streitfrage des heutigen deutschen Rechts.

tract, refuse to go on with the contract, rescind the contract, concell the contract[54]), abandon the contract, breach the contract?

Dem ist hier nicht weiter nachzugehen.

Zur Illustrierung führe ich zwei von Addison[55]) zitierte Fälle an:

Non-payment on the one hand or non-delivery on the other may be evidence for a jury of an intention wholly to abandon the contract and set the other party free. Where, by the non-delivery of part of the thing contracted for, the whole object of the contract is frustrated, the party making default renounces on his part all the obligations of the contract. — If A. has agreed to have a steam-vessel at a named port by a day specified, and there to take on board and carry a cargo to a particular destination, and B. has agreed to have a cargo in readiness for shipment at the time and place appointed, and A., before the time arrives, repudiates the contract, and declares that he will not receive the cargo, B. may treat this as a dispensation of performance of his part of the agreement, and may forthwith engage another vessel.

Charakteristisch ist auch folgender Fall:

Where a manufacturer, by a contract of sale, had agreed to manufacture and deliver to a purchaser certain goods, by a day certain, and the purchaser, before the time appointed for delivery, told the manufacturer he need not manufacture them, as he had no occasion for them, and would not accept or pay for them, performance by the manufacturer was held to have been dispensed with.

In welcher Weise wird nun das Rücktrittsrecht ausgeübt, wie erfolgt der Rücktritt, wenn das Rücktrittsrecht zusteht? Die Frage ist, ob es eines Aufhebungsprozesses bedarf, ob

[54]) Alle diese Ausdrücke werden bei Pollock, S. 266 ff., und in den daselbst zitierten Entscheidungen promiscue gebraucht.

[55]) Addison, Law of contracts, S. 155 ff.

also Realisierung durch Klage erforderlich ist, oder ob außerprozessualische Erklärung analog der Anfechtung bei voidable acts genügt.

Nach der Darstellung bei Pollock und Addison und der ganzen Ausdrucksweise der zitierten Gerichtsentscheidungen kann kein Zweifel sein, daß die „Aufhebung" oder der Rücktritt durch private und formlose Erklärung erfolgt. So heißt es bei der Darstellung des Tatbestandes Hoare v. Rennie: it is stated in general terms that the defendants were at liberty to rescind the contract[56]) und dieses rescind erfolgte außergerichtlich. Aehnlich liegt es in allen anderen Fällen.

Dazu kommt das allgemeine Prinzip[57]), daß die rescission of the contract eben in privater, außerprozessualischer Form erfolgen kann — soweit nichts Besonderes statuiert ist, und das ist hier nicht der Fall —, mag es sich um „rescission" infolge von Willensmängeln oder von Lieferungsmängeln handeln. —

Das nordamerikanische Recht entspricht dem englischen[58]).

Nur bezüglich des Rücktritts von zweiseitigen Verträgen wird eine Abweichung insoweit behauptet, daß das amerikanische[59]) Recht weiter vorgeschritten sei. Wald-Williston[60]) behandeln die Materie unter der Bezeichnung „Repudiation of contracts".

The use of the word „repudiation" in the law of contracts is modern, and though the conduct to which this name

---

[56]) Pollock, Principles, S. 267.

[57]) Pollock, Principles of contract, S. 577 ff.

[58]) Vgl. Wald-Williston, Principles of contract, 1906, S. 561 ff., 710 ff., 320 ff. — Page, The Law of contracts, Cincinnati 1905, Bd. I, S. 216 ff., 362; Bd. III, S. 2216 ff., 2241 ff.

[59]) Dasselbe soll von dem Recht der Indian Contract Act gelten, „though supposed to be generally a codification of contracts", Wald Williston, S. 347.

[60]) Principles of contract, S. 333 f.

has been applied can hardly have been confined to modern times, still it is chiefly in recent cases that the legal effect of such conduct has been considered. Indeed, it cannot be said that be courts have even as yet worked out a consistent and logical doctrine on the subject.

By repudiation of a contract is to be understood such words or actions by a contracting party as indicate that he is not going to perform his contract in the future. He may already have performed in part; part performance may already have become due from him under the contract, but not have been rendered; or the time when any performance is due from him may still be in the future. The essential element which exists in all these cases is something still to be performed in the future under the contract which, as he has made manifest, he is not going to perform. Whether the reason he discloses for his prospective failure to perform is because he cannot or, because he will not seems wholly immaterial, though the word „repudiation" is more strictly appropriate to cases where an intention not to perform is manifested, irrespective of ability.

In such case repudiation of a contract is made by one contracting party, the other may frequently, at least, take one of two courses. He may elect to rescind the contract entirely. This right generally exists where there has been repudiation or a material breach of the contract, and is most commonly exercised when the aggrieved party has performed fully or in part, and wishes to recover what he has given or its value. Thus he has a right to restitution as an alternative remedy instead of compensation in damages. This choice of remedies was not allowed by the early English law, and there are still many exceptions and inconsistencies in the application of the rule, which are due in part to the fact that the rule has been developed largely under cover of the fictitious declaration in indebitatus assumpsit, and of equally fictitious inferencies that a refusal to perform

a contract indicates assent to the rescission of the contract and the restoration of what has been given under it. As may be observed in other branches of the law, the English cases are more conservative then the American — less ready to accept a new general rule varying from early precedents. So that the principle stated above must be taken only with considerable qualifications as a statement of the law of England. Indeed, that principle is directly at variance with statements of law made in recent English cases — statements which would doubtless in many classes of cases be acted on. In this country [61]), though there are exceptions to the rule, it may safely be laid down as a general principle.

Wald-Williston heben hervor, daß dieses Rücktrittsrecht (right of rescission) sich auf alle Kontrakte, auch auf sealed contracts (contracts under seal, deeds) erstrecke: The right of rescission is frequently stated as if it were confined to simple contracts [62]); and it is obviously inconsistent with the early common law doctrines in regard to dissolution of sealed contracts to allow matter in pais to afford ground for their rescission. But in many jurisdictions in this country a seal no longer has its common law effect, and it is clear that at least in some jurisdictions where a seal still retains its old importance so far as to make consideration for a promise unnecessary [63]), a contract under seal may be rescinded or avoided for breach of promise by one party at the suit of the other, and a recovery had on a quantum meruit.

Ueber die Art, wie der Rücktritt, die rescission, erfolgen kann, geben Wald-Williston ausdrücklich Auskunft:

---

[61]) United States of North America.

[62]) Mackenzie, Studies in Roman Law with comparative views of the Laws of France, England and Scotland, 1862, S. 189. — Vgl. Heymann, Ueberblick über das englische Privatrecht, in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie, Bd. I, S. 825 f. Neubecker, Der abstrakte Vertrag, 1903, S. 19.

[63]) Heymann, a. a. O. S. 825.

As rescission is only an alternative remedy, and is in derogation of the contract, a party who wishes to avail himself thereof must manifest his election in some way, and must do so without undue delay . . . Election once made determines the plaintiff's rights[64]).

Es bedarf also einer „Eröffnung“ [65]), einer Mitteilung des Rücktrittswillens. The way in which election must be manifested may vary in different cases. Formal notice is certainly not always requisite. In verschiedenen Fällen — it was held, that bringing an action for restitution promptly was sufficient. In New Hampshire, however, it is held some manifestation of election must precede such an action.

Where no time is fixed by the contract or where time is not of the essence, the injured party may by notice fix a reasonable time after which the contract, if not performed, will be treated as abandoned[66]).

5. Die skandinavischen Rechte.

A. Das dänisch-norwegische Recht

ist in erster Linie zu betrachten. Maßgebend ist das Gesetzbuch Christians V., Kong Christian den Femtis Danske Lov und Norske Lov[67]). Das Danske Lov bestimmt im 5. Buch, 1. Kapitel om Contracter og Forpligter[68]); in Betracht kommen Art. 1, 2, 4.

---

[64]) Wald-Williston, Principles of contract, S. 345.

[65]) Vgl. Schweizerisches Obligationenrecht, § 28.

[66]) Wald-Williston, S. 345, Anm. 57, Abs. II, III. Vgl. B.G.B. § 326.

[67]) Christian den Femtes norske Lov, der væsentligt har samme Indhold som danske Lov. — Lassen, Haandbog i Obligationsretten. Almind. Del, S. 20.

[68]) Vgl. die Ausgabe von Secher, Kong Christian den Femtis Danske Lov. Ved Justitsministeriets Omsorg, under det Juridiske Fakultets Tilsyn udgivet og med Kildenhenvisninger forsynet. København 1891 und Brorson, Forsøg til den femte Bogs Fortolkning i Christian den Femtes danske og norske Lov. I. Band, Kiøb. 1793. (Im ganzen 10 Bände.)

Die Grundlage bilden die Bestimmungen der Art. 1 u. 2[69]). Art. 1: Een hver er pligtig at efterkomme hvis hand med Mund, Haand og Segl, lovet og indgaaet haver. Art. 2: Alle Contracter, som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet, ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saa som de indgangne ere.

Darnach geht das dänische (und norwegische) Recht von der Erklärungstheorie aus.

Den danske Rets Løfteprincip (Kontraktsprincip) er ikke Viljedogmet men Principet om Tro og Loves Ubrødelighed[70]).

Lassen will damit das dänisch-norwegische, das schwedische und das englisch-amerikanische Recht den anderen Rechten entgegenstellen[71]). Ob diese Gegenüberstellung gerade berechtigt oder so berechtigt sei[72]), will ich des näheren hier nicht untersuchen. Auch die Streitfrage: „Løfte eller Overeenskomst“[73]) muß dahingestellt bleiben — es genügt der angegebene Grundsatz, der auf Danske Lov, 5, 1, 1 und 2 zurückgeführt wird[74]).

---

[69]) Lassen, Haandbog i Obligationsretten. Almind. Del, S. 26, 70.

[70]) Lassen, Haandbog i Obligationsretten. Almind. Del, S. 28, § 8. Vgl. Kolderup-Rosenvinge, Grundrids af den danske Retshistorie. Tredie Oplag, 1860, S. 230.

[71]) Lassen, Haandbog i Obligationsretten. Almind. Del, S. 28, Anm. 6.

[72]) Zweifel drückt auch Lassen selbst aus, Haandbog i Obligationsretten, Almind. Del, S. 69, Anm. 2 und S. 70, Anm. 3.

[73]) Lassen, Haandbog i Obligationsretten, Almind. Del, S. 29 f., § 9 ff. und neuerdings: Jul. Lassen, Vilje og Erklæring ved Afgivelse af formueretlige Tilsagn. København 1905. — Vgl. auch Nordling, Svensk Civilrätt, Allmänna Delen, S. 221 ff. (Anm.).

[74]) Lassen, Haandbog i Obligationsretten, Almind. Del, S. 29. Hovedlovbudet om Æmnet findes i D. L. 5, 1, 1, som bestemmer at Enhver er pligtig at efterkomme, hvis han lovet og indgaaet haver.

Daraus folgt, daß grundsätzlich nach dänischem und norwegischem Recht Irrtum unbeachtlich bleibt[75]), es gilt die Erklärung.

Anders steht es mit dem Irrtum, der dem Erklärungsempfänger bekannt war oder bekannt sein mußte[76]). Aber nicht jeder erkannte oder erkennbare Irrtum hat die Bedeutung, die Willenserklärung ungültig zu machen; dies nur dann, wenn er wesentliche Punkte betrifft[77]).

Die herrschende Meinung der dänischen und norwegischen Jurisprudenz folgt dabei im wesentlichen den Ausführungen Ørsteds, der folgendes gegen Hurtigkarl bemerkte[78]):

Det er enhver af Contrahenternes Sag ut see sig for, og skaffe sig behørig Kundskab om de Omstændigheder, som kunne have Indflydelse paa hvad han foretager sig. Hvilke Forestillinger om den omcontraherte Gjenstand og de samme vedkommende Forhold han maatte gjøre sig, er slet ikke Medcontrahentens Sag, saalænge denne ikke har meddeelt ham disse Forestillinger, eller gjort sine Rettigheder betingede af sammes Rigtighed. Det er det udvortes tilkjendegivne Samtykke, som indeholder Grunden til det Bindende i Contracter, og kun hvad der i den udvortes Verden er foregaaet, som betingende dette Samtykke, kan faae Indflydelse paa dets juri-

---

[75]) Lassen, Haandbog i Obligationsretten, Almind. Del, S. 74: Medens saaledes Viljesmangelen som saadan aldrig efter dansk Ret udelukker Löftets Gyldighed . . .

[76]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 74: . . . er derimod Løftet ugyldigt, forsaavidt Viljesmangelen var kjendelig for Løftemodtageren, idet denne saa eller burde indse, at Løftegiveren ikke vilde, eller ikke vilde love, det Udtalte, eller han dog maatte være i Tvivl desangaaende.

[77]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 75. — Ørsted, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, Bd. V, 1832, S. 104. „Kun den Uvidenhed eller Vildfarelse, der angaaer det Væsentlige, kan rokke en Contracts Gyldighed."

[78]) Ørsted, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, Bd. V, 1832, S. 103. — Vgl. dazu Hallager-Aubert, Den norske Obligationsrets almindelige Del, Andet Oplag. Christ. 1896, S. 104.

diske Virkninger; de for Medcontrahenten skjulte Betingelser og Forudsætninger for den tilkjendegivne Villie kunne aldeles ingen Indflydelse faae, saafremt Man ikke vil gjøre al contractmæssig Forpligtelse usikker.

Soweit der Irrtum nun wirksam ist[79]) — welche Wirkung kommt ihm zu? Nach Lassen[80]) macht er die Erklärung (Løftet, das Versprechen) „ungültig“ (ugyldigt); nach Hallager-Aubert ist es unverbindlich (uforbindende)[81]), Ørsted spricht an einer Stelle[82]) von „Nullität“ als Wirkung, an anderer Stelle[83]) sagt er, daß der Irrende „er berettiget til at træde tilbage“, zum Rücktritt berechtigt sei.

Gemäß der ganzen Grundidee wird man nicht fehlgehen, wenn man „Anfechtbarkeit“ annimmt[84]).

Bezüglich der Rechtsfolgen der Täuschung fehlen wie beim Irrtum allgemeine und ausdrückliche Bestimmungen im Gesetzbuch. Man beruft sich auf zwei Gesetzesstellen: Danske Lov, Buch 4, Kap. 1, Art. 4, und Buch 4, Kap. 6, Art. 9[85]). Es handelt sich da um Fälle des Seerechts — um Heuerbetrug und Versicherungsbetrug, deren nähere Untersuchung an dieser Stelle zu weit führen würde. Man schließt aus den angeführten Bestimmungen, daß nach dem Gesetz der Betrogene nicht an den durch Betrug herbeigeführten Kontrakt gebunden sei; den ved Svig fremkaldte Retshandel er ugyldig[86]). Das ist aber nur dann der Fall, wenn der Betrug (Svig) von dem anderen Kontrahenten ausgeübt wurde. Ein

[79]) Vgl. noch Hallager-Aubert, Den norske Obligationsrets almindelige Del, S. 104.

[80]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 74.

[81]) Hallager-Aubert, S. 104.

[82]) Ørsted, Formularbog S. 36 (zitiert bei Hallager-Aubert, S. 104, Anm. 2).

[83]) Ørsted, Haandbog over den danske og norske Lovkyndighed, V, S. 102.

[84]) Vgl. aber auch das schwedisch-finnische Recht. Unten S. 75 ff.

[85]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 90.

[86]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 90.

von einem Dritten verübter, dem Mitkontrahenten unbekannter Betrug ist als solcher wirkungslos[87]).

Will der Betrogene am Kontrakt festhalten, so ist das sein gutes Recht: der Betrüger kann dagegen nichts einwenden: Og ønsker den Besvegne at fastholde Kontrakten, kan Bedrageren ikke gjøre nogen Indsigelse herimod[88]).

Nach dieser Auffassung, die Lassen vertritt, ist die Ungültigkeit des Geschäfts eine Anfechtbarkeit.

Das würde der Ansicht Ørsteds entsprechen, der dem Betrogenen das Recht gibt at træde tilbage fra Contracten[89]) oder at paastaae Contracten ophævet[90]). Auch Hallager-Aubert sind dieser Meinung. Zwar leugnen sie eingangs der Behandlung der Materie jede Verpflichtung[91]): Svig, hvorved Samtykket er framkaldt. Det er i denne Henseende i Almindelighed ganske klart, at, naar den ene af Kontrahenterne ved sine falske eller urigtige Foregivender har forledet den anden til at afslutte en Kontrakt, kan der ikke være Tale om nogen Forpligtelse for den, der saaledes er bleven besvegen; thi hans Samtykke var kun afgivet med den Betingelse, at det forholdt sig med Tingen saaledes, som opgivet, og naar derfor Betingelsen ikke er tilstede, kan Samtykket heller ikke af den svigagtige Medkontrahent paaberaabes som Fundament for Kontrakten.

Zu dieser Ansicht Hallagers bemerkt Aubert in der zweiten Auflage[92]), daß damit die ältere Theorie wiedergegeben sei. Hallager selbst hielt schon diese „Unverbind-

[87]) Dies in Uebereinstimmung mit den „anderen Rechten“, wie Lassen a. a. O. S. 91 bemerkt. — Anders aber das schwedisch-finnische Recht, s. unten. Lassen beachtet das Schwesterrecht nicht.

[88]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 90. Der Schadenersatzanspruch kommt hier nicht in Betracht.

[89]) Ørsted, Lovkyndighed V, S. 99.

[90]) Ørsted, Lovkyndighed V, S. 101.

[91]) Hallager-Aubert, Den norske Obligationsrets almindelige Del, 1896, S. 96/97.

[92]) S. 97, Anm. 1.

lichkeit", die ipso iure ab initio eintreten sollte, nicht fest — er gibt dem Betrogenen ein Recht auf Schadenersatz neben dem „Rücktrittsrecht" (den der paa Grund af Medkontrahentens Svig bliver beføiet til at træde tilbage[93]). Jedenfalls tritt aber die Idee der Anfechtung in der zweiten von Aubert redigierten Auflage klar zu Tage: Derimod maa det efter den i nærværende Skrift fulgte Opfattelse af Svigens Virkning antages, at Retshandlen kan omstødes i Forhold til den svigagtige Medkontrahentens konkursbo[94]).

Ueber die Art der Ausübung dieses Anfechtungsrechts finde ich keine näheren Ausführungen: es wird nach den Darstellungen stillschweigend die private, auf Aufhebung des Vertrages gerichtete Willenserklärung vorausgesetzt. Die Ausdrücke: træde tilbage, paastaae Contracten ophævet, omstøde, auch fordre Kontrakten omgjort (oder Kontraktens Omgjørelse)[95]) sind dafür Beweis genug.

Ueber die Frist finde ich einige Bemerkungen bei Hallager-Aubert: Vanskeligheden ligger her kun i at bestemme, hvor lang Tid den besvegne saaledes kan lade hengaa uden at forspilde sin Ret til at fordre Kontrakten omgjort; men dette er noget, som maa afgjøres efter et rimeligt Skjøn i de enkelte Tilfælde, og lader sig af Mangel paa positive Lovbud ikke ved nogen almindelig Regel nærmere fastsætte[96]). Mangels gesetzlicher Bestimmung soll sonach eine nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessende „angemessene Frist", ein „reasonable time" gewährt werden.

Im Gegensatz zu Irrtum und Täuschung enthält das Gesetz eine Bestimmung über den Zwang. Christian den Femtis Dansk Lov bestimmt in Buch V, Kapitel 1, Artikel 4: Dersom nogen i Baand og Fængsel, eller ved anden voldsom Tvang,

---

[93]) Hallager-Aubert, Den norske Obligationsrets almindelige Del, S. 99.

[94]) Hallager-Aubert, S. 101.

[95]) Hallager-Aubert, S. 98.

[96]) Hallager-Aubert, S. 98.

indgaaer, eller lover noget, og hand det til Tinge vedersiger, saa snart som hand kommer i sin Frelse igien, da er hand det ej pligtig at holde. Darnach soll der Gezwungene das erzwungene Versprechen nicht zu halten verpflichtet sein, wenn er das Versprechen widerruft, sobald er wieder in die Freiheit kommt.

Welche Bedeutung dieser Vorschrift zukomme, ist nicht zweifellos.

Die ältere Auffassung, vertreten von Hurtigkarl, ging dahin, daß der abgezwungene Vertrag, auf Grund der nachfolgenden stillschweigenden Zustimmung, gültig bleibe, wenn nicht der Gezwungene bei Gericht ihn widerrufe, sobald er die Freiheit wiedererlangt habe[97]). Darnach läge dem Gesetz eine Fiktion zu Grunde — das Nichtwiderrufen trotz erlangter Freiheit wäre einer Bestätigung gleich zu achten. Das wäre eine Fiktion und nicht nur eine widerlegbare Vermutung. Demgemäß hätte die angeführte Gesetzesstelle eine materiellrechtliche Bedeutung von großer Tragweite. Es wäre dann so, als ob das Gesetz bestimmte, daß nur dann der Gezwungene nicht verpflichtet sei, wenn er in der angegebenen Weise widerrufe[98]).

Gegen diese Auffassung machte bereits Ørsted[99]) Front, mit dem Erfolg, daß die gesamte Juristenwelt Dänemarks und Norwegens ihm zustimmte[100]).

Er führte aus: Nach der Natur der Sache liege darin nicht schon ein Verzicht auf die „exceptio metus", daß der Gezwungene nicht sofort die ausgeübte Gewalt verkündige; auch lasse sich keineswegs vermuten, daß der Gesetzgeber ein grobes Verbrechen in Schutz nehme[101]), indem er dem Still-

---

[97]) Ørsted, Lovkyndighed V, S. 81.

[98]) Vgl. Hallager-Aubert, Den norske Obligationsrets almind. Del, S. 95. — Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 62/63.

[99]) Ørsted, Lovkyndighed V, S. 81 ff.

[100]) Vgl. Hallager-Aubert, Norske Obligationsret, S. 95, Anm. 1.

[101]) Vgl. Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 63.

schweigen solch außerordentliche Wirkung beilege. Auch gebe das Gesetz zu solcher Auffassung keinen genügenden Anhaltspunkt.

Im Gegensatz zu der bekämpften Ansicht behauptet nun Ørsted, daß die angeführte Gesetzesstelle lediglich Bedeutung für den Beweis und für das Verhältnis zu dritten Personen habe: der Gesetzgeber habe eingesehen, daß Gewalt so gut wie nie in Gegenwart von Zeugen ausgeübt werde, und daß sonach der Gezwungene vielfach ohne Beweis für den Zwang sei. Darum sei die Anmeldung bei Gericht statuiert worden, eben mit dem Zwecke der Sicherung des Beweises. Das sei ein Gedanke, wie er auch in anderen Gesetzesstellen zum Ausdruck komme, so in Buch 6, Kap. 12, Art. 4, 8 und Kap. 13, Art. 19[102]).

Dritte Personen dürften natürlich nicht leiden: wer also zögere mit dem Widerruf (Vedersigelse), der müsse dritten gutgläubigen Erwerbern gegenüber das Geschäft gelten lassen. Dog bør tredie Mand, til hvem Documentet maatte være overdraget eller pantsat, ikke lide ved den ulovlige Maade, paa hvilken Contracten er tilveiebragt, saafremt den Paagjeldende, ved at forsømme betimelig Vedersigelse, har foranlediget, at det i sin form mangelfrie Document saaledes er solgt eller pantsat.

Daß diese Ansicht Anklang fand, ist begreiflich. Ob sie gerade mit dem Gesetz und der Meinung des Gesetzgebers übereinstimmte, ist eine andere Frage[103]).

---

[102]) Es handelt sich da um Totschlag in Ehebruch (6, 12, 4), in Notwehr (6, 12, 8), ferner um Notzucht (6, 13, 19). Die Stelle über Notwehr setze ich als charakteristisch hierher: Dræber mand anden af Nødværge, og dog af Frygt for Sagens Udgang undviger, da skal hand, saa snart hand kommer i sin Frelse, in den Maanets Udgang i det længste forfølge Sagen til sin Undskyldning; Men hvis hand det ikke giør, da holdis hand for Manddraber. Auf Parallelen dazu muß ich hier verzichten. — Vgl. noch Torp, Dansk Tingsret, 2. Udgave ved Grundtvig, København 1905, S. 247.

[103]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 63, meint: Ældre

In welcher Weise nun sollte der „Widerruf“ stattfinden? Nach dem Gesetz sollte es ein vedersige til Tinge sein. Nach Ørsted, der hier Hurtigkarl zustimmt, soll dies erfolgen dadurch, at den Tvungne maa udtage Stævning mod den, som har paaført ham Vold[104]) ... og da vilde det være det Retteste, uopholdeligen at gjøre Anmeldelse til Tinge om den ham overgaaede Vold, samt strax at lade de Personen afhøre, som kunde give Oplysning i Sagen, og derpaa ansøge Bevilling til ved offentlig Stævning at indkalde Documentets Ihændehaver til at høre det kjendt dødt og magtesløst[105]).

So hat Ørsted gewissermaßen von dem Gesetz befreit und moderner Gestaltung Bahn gebrochen[106]). Welche Wirkung dem Zwang zukommt, ist damit aber noch nicht gesagt. Möglich wäre Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit[107]). Es gilt nach dänischem und norwegischem Recht Anfechtbarkeit: so sprechen Hallager-Aubert[108]) von Omstødelse af en Overenskomst, Lassen konstatiert, at Tvangen gjør Løftet „ugyldigt“[109]), ebenso sagt Torp[110]): det maa altsaa an-

---

Love, ogsaa danske Lov, fastholde ikke altid skarpt Forskjellen imellem den materielle Retsregel og Bevisregelen, men udtrykke sig undertiden, som om kun det Bevislige eller det, man har let Adgang til at bevise, er af retlig Betydning. Vgl. Torp, Dansk Tingsret, 2. Auflage, S. 247, und insbesondere Aagesen, Indledning til den danske Formueret. Kjøb. 1881, S. 491. S. auch Gram, Den nordiske Obligationsret. Almind. Del, S. 34.

[104]) Mit der Wirkung, daß die Richtigkeit der Angaben ohne weiteren Beweis angenommen wird. Hallager-Aubert, S. 95. Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 64. Das erinnert an die exceptio non numeratae pecuniae und B.G.B. § 1139. Vgl. auch das schwedische Recht.

[105]) Ørsted, Lovkyndighed V, S. 83/84.

[106]) Vgl. dazu Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 63.

[107]) Vgl. Dernburg, Pandekten I, 1, § 103, Anm. 3. Dazu Ariosto, Orlando furioso, Canto XXI, st. 43: Promesso gli ho, non già per osservagli, — Chè fatto per timor nullo è il contratto.

[108]) Hallager-Aubert, Norske Obligationsret, S. 93, Anm. 1.

[109]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 65.

[110]) Torp, Dansk Tingsret, 2. Auflage, 1905, S. 248.

tages, at aftvungne Retshandler ere ugyldige uden Hensyn til Vedersigelsen. Klarer spricht sich Scheel[110a]) aus: er Ugyldigheden afhængig af menneskelig Vilkaarlighed, saa at en eller anden Person har Ret til at angribe Retshandelen som ugyldig, men denne, saafremt den ikke saaledes angribes, beholder sin fulde Virkning, kaldes Ugyldigheden relativ og ellers er den absolut. . . . Relativ er en oprindelig Ugyldighed t. Ex . . ., naar en Retshandel er fremkaldt ved den ene Parts Svig eller ulovlige Tvang . . .

In welcher Weise und in welcher Frist die Anfechtung geltend gemacht wird, habe ich nirgends bestimmt gefunden. Es ist, als ob alle Aufmerksamkeit durch die gesetzliche Bestimmung, ihre Interpretation und den Widerspruch gegen den Wortlaut absorbiert wäre. Man wird nicht fehlgehen, wenn man die Regeln von der Anfechtbarkeit wegen Betruges (Svig) auf den Zwang (Tvang) anwendet. —

Bezüglich des Rücktritts von zweiseitigen Verträgen fehlt natürlich eine allgemeine Bestimmung im Gesetz[111]). Hier greifen Wissenschaft und Praxis ergänzend ein.

Unter welchen Voraussetzungen solcher Rücktritt zulässig sei, ist nicht zweifellos.

In älterer Zeit war man einem unbeschränkten Rücktrittsrecht sehr geneigt und wollte dasselbe bei jedem Mangel in der Vertragserfüllung gewähren. So noch Hurtigkarl. Dagegen aber wandte sich Ørsted, der betonte, dass eine solche Ausdehnung keinen Grund im Gesetz noch im Willen der Parteien habe[112]). Det kan dog ingenlunde i sin fulde Ud-

---

[110a]) A. W. Scheel, Privatrettens almindelige Del, fremstillet efter den danske Lovgivning. II. Band. Kjob. 1866, S. 135.

[111]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 591.

[112]) Hallager-Aubert, Den norske Obligationsrets almind. Del, S. 135. Man vilde imidlertid strække Virkningen videre, end Grunden medfører, om man antog, at enhver Mangel i Henseende til Overenskomstens nøiagtige Opfyldelse fra den ene Kontrahents Side skulde berettige den anden til at fragaa sin Forpligtelse eller paastaa det hele kontrakt-

strækning antages, at enhver Mangel af Contractens nøiagtige Opfyldelse fra den ene Parts Side berettiger den anden til at træde tilbage fra alle sine contractmæssige Forpligtelser.

Kun hvor en Contract gaaer ud paa en enkelt Præstation fra begge Sider, kan Man som Regel antage, at de gjensidige Forpligtelser i den Grad betinge hinanden, at den Ene aldeles kan træde tilbage, naar den Anden ikke nøiagtigt opfylder sin Forpligtelse; og endda turde det, naar Contracten ikke udtrykkeligen indeholder en saadan Clausul, og Contrahenterne heller ikke have en iøinefaldende Interesse ved Forpligtelsernes nøiagtige Opfyldelse til bestemt Tid, ikke være aldeles indlysende, at den ene Contrahent kunde trække sig tilbage, fordi den anden ikke ganske til den bestemte Tid indfandt sig med Det, han efter Contracten havde at præstere. Men hvor Contracten angaaer en Række af Præstationer, der for en stor Deel allerede have fundet Sted, kan den ene Part ikke, fordi nogen Mangel i Contractens Opfyldelse indtræder fra den andens Side, ubetinget nægte denne alle contractmæssige Rettigheder. Ved en saadan Strenghed vilde Man lægge Noget ind i Contracten, som i Almindelighed ikke stemmer med Parternes gjensidige Tarv eller deres Villie, og som derfor heller ikke finder mindste Hjemmel enten i fremmede Love eller i vore egne, der endog indeholde mange Beviser[113]) paa det Modsatte[114]).

Diese Opposition Ørsteds war von Erfolg begleitet: die heute herrschende Meinung gibt wohl ein Rücktrittsrecht, aber doch nicht so unbedingt, so daß manches zweifelhaft ist.

Den allgemeinen Gedanken gibt Lassen[115]) so wieder: I gjensidige Obligationsforhold vil den ene Part, naar den anden icke behørigt opfylder, ofte have Ret til ifølge Reglerne

---

mæssige Forhold hævet. Dazu Anm. 2: Dette var saaledes paastaaet af Hurtigkarl, S. 54/55; jfr. derimod Ørsted ...

[113]) Vgl. Hallager-Aubert, S. 137.

[114]) Ørsted, Lovkyndighed V, 1832, S. 166/67.

[115]) Haandbog i Obligationsretten, Almind. Del, S. 279.

om bristende Forudsætninger at hæve Kontrakten, ɔ: frigjøres for dennes Retsvirkning som Kontrakt[116]). Den ene Medkontrahents Misligholdelse af sine Pligter efter Kontrakten vil i vidt Omfang berettige den anden til at hæve Kontrakten[117]). En væsentlig Ikke-Opfyldelse fra den ene Parts Side i en gjensidigt bebyrdende Kontrakt giver den anden Part Beføjelse til at hæve Kontrakten[118]).

Hallager-Aubert geben dem Grundgedanken folgenden Ausdruck[119]):

Det er allerede ovenfor antydet, at, hvor den ene Part i et tosidet Kontraktsforhold gjør sig skyldig i et Retsbrud eller, som det almindelig heder, i en Misligholdelse af Kontrakten, kan dette aabne den anden Part Adgang til at hæve hele det kontraktmæssige Forhold. Naar Skyldneren ikke nøiagtig opfylder Kontrakten, f. Ex. leverer ringere Varer eller yder det pligtige til senere Tid end aftalt, vil nemlig Kreditor ofte med fuld Ret kunne indvende, at hvad der nu er ydet, ikke kan gjælde som Opfyldelse af Kontrakten, og han maa derfor isaafald have Valget mellem at vedstaa den saaledes i Virkligheden ændrede Kontrakt og at fragaa det hele Forhold. Dette Valg maa han imidlertid træffe snarast muligt, da han ellers udsætter sig for med Føie at blive anseet som den, der har frafaldt Retten til at hæve Kontrakten.

Die Voraussetzungen[120]) sind des näheren hier nicht zu untersuchen. Es genügt, festzustellen, daß die dänisch-norwegische Praxis und Literatur ein Rücktrittsrecht gibt.

Gewöhnlich wird das Rücktrittsrecht bezeichnet als ein

---

[116]) Vgl. auch Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 319.

[117]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 588.

[118]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 589.

[119]) Hallager-Aubert, Den norske Obligationsrets almind. Del, S. 134/35.

[120]) Hallager-Aubert, S. 135: ... fremkalder dens Anvendelse mange Vanskeligheder, hvorfor her skal fremsættes nogle veiledende Bemærkninger.

Recht at hæve Kontrakten (den Kontrakt aufzuheben)[121]. Es kommt auch vor: fratræde Kontrakten[122], fragaa (Kontrakten, det hele Forhold, sin Forpligtelse)[123], træde tilbage fra Kontrakten[124] [125].

In welcher Weise es auszuüben ist, wird direkt nicht ausgesprochen: es ist kein Zweifel, daß der Rücktritt erfolgt durch private Erklärung[126].

Da eine Frist nicht gesetzlich festgestellt ist, so muß angenommen werden, daß der Rücktritt binnen angemessener Frist, snarest muligt[127], zu erfolgen hat.

B. Das schwedische und finnische Recht.

Die Grundlage des geltenden schwedischen und finnischen Zivilrechts bildet das Gesetzgebungswerk von 1734[128]: Sveriges Rikes Lag, gillad och antagen på Riksdagen år 1734, „kurz“ genannt: „Sjutton hundra trettio fyra års lag“[129].

---

[121]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 281: „hæve Kontrakten og kræve Erstatning — slap Terminologie“, S. 319, 589 et passim. Hallager-Aubert, S. 134 et passim.

[122]) Hallager-Aubert, S. 139. Dagegen Hagerup. Vgl. Lassen, S. 281, Anm. 46.

[123]) Hallager-Aubert, Den norske Obligationsrets almind. Del, S. 135. Vgl. auch Danske Lov, Buch V, Kap. 1, Art. 6: „Vil nogen fragaa det ej at være hans Haand og Segl, som hand sigtis for, da maa hand sig med sin egen Eed derfor befrie“, und dazu Ørsted, Lovkyndighed V, S. 116 f.

[124]) Hallager-Aubert, S. 136. — Ørsted, S. 166.

[125]) In substantivischer Form Frigjørelse (Lassen, S. 590), Omgjørelse (Hallager-Aubert, S. 137).

[126]) Lassen, Obligationsret, Almind. Del, S. 319, Anm. 84, betont den Unterschied des dänischen Rechts gegen fremde Rechte, auch gegen den Code civil — aber diese Seite hebt er nicht hervor.

[127]) Hallager-Aubert, Den norske Obligationsrets almind. Del, S. 135.

[128]) Ausgabe von Uppström oder Skarin.

[129]) Das Gesetz gilt auch noch in Finnland. Ausgabe von Idestam: 1734 års lag, neueste Ausgabe 1902.

Das Vertrags- und Obligationenrecht ist enthalten im Handels Balk[130]), dem deshalb auch eher ein anderer Name, etwa Aftalsbalk oder Kontraktsbalk, gebührt hätte, wie Carlén[131]) mit Recht betont[132]).

Was die Systematik des Handelsbalk betrifft, so fehlt jeglicher Versuch einer allgemeinen Regelung der Vertragsverhältnisse; es ist auch nicht der Ansatz eines „allgemeinen Teiles“ wahrzunehmen, was gegenüber der dänischen und norwegischen Kodifikation immerhin als auffällig bezeichnet werden kann.

So wurden im Handelsbalk in 18 Kapiteln nur die „einzelnen Schuldverhältnisse“ geordnet, an erster Stelle Kauf und Tausch, köp och skifte[133]), und wesentlich aus diesen Bestimmungen sind die „allgemeinen Regeln“ für die Schuldverhältnisse zu abstrahieren, soweit man überhaupt einer „gesetzlichen Grundlage“ bedarf oder zu bedürfen glaubt, und nicht mit der „Natur der Sache“ oder dem Parteiwillen operieren will. Selbstverständlich ist, daß man auch andere Teile des Gesetzgebungswerkes zur Unterstützung heranzuziehen versucht.

---

[130]) Das Gesetz zerfällt in balkar (vgl. altnordisch: balkr = Skillevæg und Afdeling, Fritzner, Ordbog over det gamle norske Sprog, 1886, Bd. I, S. 110; neuisländisch: bálkur, partition, section in a code of law, Zoëga, Islenzk-ensk orđabók, Reykjavik 1904, S. 33. — Vgl. auch Kallar, Ordbog til det ældre danske Sprog, Bd. I, S. 97) und zwar: Giftermåls balk, Ärfda balk, Jorda balk, Byggninga balk, Handels balk, Strafflag (früher: Missgiernings balk), Utsöknings balk, Rättegångs balk.

[131]) Carlén, Handbok i Svenska Lagfarenheten innehållande allmänna lagen med dertill hörande författningar. Stockholm 1843, S. 154, Nr. 1.

[132]) Vgl. zur Geschichte Sjögren, Förarbetena till Sveriges Rikes Lag, Bd. I, Upsala 1900, S. 40. Darnach machte ein Kommissionsmitglied, Bürgermeister Törne, in der Sitzung vom 24. Juni 1688 den Vorschlag: Synes bäst, att alla contracter föras till Köpmålebalken och att den kallas Handelsmålebalk.

[133]) Tausch im eigentlichen Sinne ist „byte“. Skifte ist ein weiterer Begriff, etwa wie „Umsatz“. Vgl. Carlén, Handbok i Svenska Lagfarenheten, S. 154.

Für den vorliegenden Zweck kommt nun hauptsächlich in Betracht der § 1 des 1. Kapitels im Handelsbalk: Köp bör ske utan tvång eller list, med säljarens och köparens goda ja och samtycke. Sker det annorledes; vare ogildt[134]).

Darnach soll ein Kauf unter „Zwang" oder „List" „ungültig" sein.

Das ist auszudehnen auf jeden Vertrag[135]).

Das Gesetz bestimmt nichts über Irrtum und nichts Näheres über die „Ungültigkeit", welche infolge von Zwang und „List" eintreten soll.

Der § 2 gibt da keinerlei Aufklärung — er trifft die selbstverständliche Bestimmung, daß ein geschlossener Kauf (Vertrag) nicht „zurückgehen" soll, und setzt auf Vertragsbruch Strafe[136]) [137]).

Auch verwandte Bestimmungen, die den Zwang untersagen, ergeben kaum mehr als eben diese Parallele des Zwangsverbotes[138]).

---

[134]) Im Entwurf von 1718 lautete der Paragraph: Allt köp om löst eller fast skal ske utan twång eller list, med säljarens och köparens goda ja och samtycke; och hwad olagligen blifwer slutet hafwe intet bestånd. (Sjögren, Förarbetena till Sveriges Rikes Lag, Bd. V, Upsala 1903, S. 251.) Die anderen Entwürfe, so der von 1727 (Sjögren, Bd. VI, Upsala 1904, S. 269), von 1728 (Sjögren, Bd. VI, S. 279), von 1731 (Sjögren, Bd. VI, S. 292), zeigen die endgültige Fassung. Inhaltlich ist auch kein Unterschied zwischen diesen und dem Entwurf von 1718.

[135]) Vgl. Körner, Juridisk Rådgifvare och Formulärbok, Stockholm 1898, S. 173: „I likhet med hvarje annat aftal bör köp af lös egendom ske utan tvång och list . . ." — Wrede, Föreläsningar öfver Giftermålsbalken, Helsingfors 1903, S. 20 (zu Kap. I, § 5). Då . . . rörande alla aftal i allmänhet den grundsats gäller, att Kontrahenternas samtycke skall vara fritt och otvunget, . . . Vgl. S. 84 (Kap. 4, om skilnad i trolofningar).

[136]) Nu hafver man slutit laga köp; det skal stånda, och ej återgånga. Hvar som det bryta vill, böte tre daler, och gälde skadan.

[137]) Zur Geschichte vgl. Östergren, Till historien om 1734 års lagreform, Lund 1902, II, S. 186.

[138]) Giftermåls Balk, 1. Kap., § 5: „Ej må någon till giftermål tvingas; utan bör så qvinnans som mannens frivilliga ja och samtycke giftermålet

Eine Spezialbestimmung im Utsökningslag, §§ 25, 26, wird weiter unten zu besprechen sein.

So ist also die gesetzliche Grundlage der Behandlung der Willensmängel im schwedischen und finnischen Recht nur dürftig. Die Wissenschaft hat da ergänzend eingegriffen. Häufig wird einfach ohne weitere Untersuchung vorausgesetzt, daß ein Rechtsgeschäft wegen Irrtum (misstag, villfarelse), Betrug (list, svek, bedrägeri), Zwang (tvång [Drohung, hotelse]) ungültig sei oder „aufgehoben werde", so bei Hemming[139]) und Körner[140]), der sich auf Wiedergabe des Gesetzestextes beschränkt. Ausführlicher ist dagegen Flensburg[141]), freilich ohne nähere Begründung und ohne Nachweise. Mehr hätte man von Carlén[142]) erwarten sollen, aber er beschränkt sich auf den Satz, daß es Aufgabe des Gesetzes sei, über Willensmängel Bestimmungen zu treffen: huruvida tvång, list, förställning och villfarelse kunna göra ett aftal ogiltigt eller ej.

Bezug nimmt auf die allgemeinen Vertragsgrundsätze

---

fästa. Dem Kap. 1, § 1 Handelsbalk ähnlicher, weil die „Ungültigkeits"-folge aussprechend, ist Giftermålsbalk Kap. 4, § 1. Varder någon tvungen till fästning, och låter ej märka sitt samtycke dertill, sedan han, eller hon, utom tvång är; vare då den fästning ogild; utan fästehjon hvarannan häfdat hafva. — Vgl. dazu Winroth, Svensk Civilrätt I, Äktenskaps ingående och upplösning, S. 198 f. (und S. 164 f.): „I all dessa fall (tvång, svek und auch druckenskap) betecknas trolofningen såsom ogill eller utan bindande kraft, och utmärkas sålunda för trolofningens del ifrågavarande omständigheter såsom nullitetsskäl. Deremot omförmälas såsom återgångsfall vissa händelser etc. Vgl. auch noch Ärfda Balk, 16, § 1.

[139]) In dem sehr knappen „Handbok" i Handelsrätt jämte Sjörätt, Stockholm 1902, S. 72.

[140]) Juridisk Rådgifvare och Formulärbok, S. 173.

[141]) Advokaten, juridisk rådgifvare och formulärbok för hvarjeman, Stockholm 1902, S. 439/440. (Eine brauchbare, sehr übersichtlich angeordnete Enzyklopädie von 1164 Seiten.)

[142]) Carlén, Handbok i Svenska Lagfarenheten innehållande allmänna lagen med dertill hörande författningar. Stockholm 1843, S. 153.

über Willensmängel Dahlström[143]) bei „Certepartiets ogiltighet".

Winroth[144]) verfährt ähnlich bei der Erörterung der Voraussetzungen des Ehevertrags (äktenskaps förord): „I öfrigt bestämma öfver förords rättskraft samma grundsatser som vid andra förmögenhetsrättsliga aftal, exempelvis i fråga om den ogiltighet på grund af tvång, svek eller misstag."

Bei der Erörterung dieser allgemeinen Grundsätze geht Schrevelius[145]) von dem Gedanken aus, daß Furcht, Irrtum oder Unwissenheit den Willen und die Willenserklärung prinzipiell nicht berühren . . . man kan dock icke neka, att den, hvars vilja blifvit åstadkommen genom fruktan, okunnighet eller villfarelse, verkligen har en vilja, och derpå allenast är det, som det här ankommer. Huru han kommit till denna vilja, derpå ligger i allmänhet ingen vigt.

Bedeutsam aber werden diese Faktoren, wenn die Furcht von Drohung (oder Zwang) herrührt und der Irrtum oder die Unkenntnis von Betrug (Täuschung). Ferner wenn die Furcht so stark ist, daß sie zu einer Art Sinnesverwirrung führt, so daß der Fürchtende nicht mehr recht weiß, was er tut; so: „wenn jemand in eines anderen Namen eine Sache jemandem tradiert in der Absicht, ihn zum Eigentümer derselben zu machen, die Sache aber nicht dem anderen, sondern ihm selbst

---

[143]) Den Svenska privata sjörätten, 1882, S. 152.

[144]) In dem umfassenden Werke über Familienrecht (Svensk Civilrätt), II, 1901, S. 511.

[145]) Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande Civilrätt. Första Delen: Inledning, tredje upplagan, af Ph. Humbla, Lund. 1872, S. 137. — Ueber die Stellung, welche Schrevelius in der schwedisch-finnischen juristischen Literatur einnimmt, vgl. Montgomery, Handbok i Finlands allmänna privaträtt, Helsingfors 1895, S. 237 f. Neben aller Anerkennung wird da festgestellt: Den ringa möda han nedlagt pa stil och litterär form öfverhufvud har icke kunnat undgå att skada arbetet och ännu mera den osäkerhet eller obeslutsamhet, hvarmed han undvikit att i svårare och mera omtvistade frågor framlägga ett bestämdt forskningsresultat.

gehört u. s. w. Daß in diesem und in ähnlichen Fällen kein wirklicher Wille existiert, ist an sich deutlich. Schwieriger kann das manchmal in anderen Fällen sein, zu entscheiden, ob ein Irrtum von der Beschaffenheit ist, daß er die Handlung ungültig macht oder nicht. Mehrenteils kommt es dabei hauptsächlich darauf an, ob der Irrtum wesentlich ist oder nicht [146]).

Darnach machen wesentlicher Irrtum, Zwang, Betrug das Geschäft ungültig.

Und zwar ist zwischen Zwang und Betrug nach schwedischem und finnischem Recht kein Unterschied. Jedes durch Zwang oder Betrug herbeigeführte Geschäft ist „ungültig", gleichviel, von wem der Zwang oder Betrug ausgeübt wurde, ob von dem Geschäftsgegner, dem Begünstigten oder irgend einer dritten Person: Men antingen tvång eller bedrägeri egt rum, är det enligt vår lag likgiltigt, om detsamma blifvit användt af den person, som har förmån af handlingen eller af någon annan. I båda fallen blir enligt vår lag alltid påföljden den, att handlingen är ogiltig. Ifr. 1, 5; 4, 1; 6, 7; 13, 8 G.B.; 16, 1 Ä.B.; 1, 1 H.B. [147]).

Welche Bedeutung kommt nun der „Ungültigkeit", „ogiltighet", zu? Der Ausdruck trägt unbestimmten Charakter — wie in der deutschen Juristensprache. „Icke sällan hämmas verkan af en handling, som åsyftar ett rättsförhållandes uppkomst eller upphäfvande, af hvarjehanda orsaker. Då säger man, att en sådan handling är ogiltig" [148]). Als Beispiel für die Fälle der „Ungültigkeit" nennt Schrevelius u. a. „villfarelse", Irrtum.

Die Ungültigkeit umfaßt die „Nullität" und „Reszissibilität" — ogiltigheten kan vara af många särskilda arter och grader. Är ogiltigheten fullständig, så att den helt och hållet tillintet-

---

[146]) Schrevelius, Lärobok I, Inledning, S. 138. Vgl. S. 153 ff. Ich habe ganz wörtlich übersetzt! Vgl. das Urteil Montgomerys.

[147]) Schrevelius, Inledning, S. 137/38.

[148]) Schrevelius, Inledning, S. 157.

gör handlingens verksamhet, så kallar man den nullitet. ... Annars får den namn af rescissibilitet[149]).

Zu welcher Art von „ogiltighet" die Ungültigkeit infolge von Irrtum, Zwang, Betrug gehören soll, sagt Schrevelius nicht[150]). So wendet man sich unbefriedigt von ihm ab.

Schrevelius geht von dem Satze aus: det är att naturligt, att det första, som till en sådan handling erfordras, är att en vilja af förutnämnda beskaffenhet verkligen existerar[151]). Im strikten Gegensatz dazu steht Nordling[152]), der mit der Willenstheorie streng ins Gericht geht[153]). Ihm ist die Erklärung das Maßgebende: das, was nach allgemeiner Erfahrung als eine Willenserklärung erscheint, gilt als erklärter Wille. Emedan förvärfvaren med fog måste gå ut från den allmänna forutsättningen, at aflåtaren[154]) velat, hvad han i handling uttryckt, så har han äfven vid brist i öfverensstämmelse mellan viljan och den yttre handlingen ändå anledning att vid den samma fästa sitt intresse, så vidt denna brist icke varit honom tydlig[155]). Daraus ergibt sich denn, daß jede dem Erklärungsempfänger nicht erkennbare Differenz zwischen Wille und Erklärung die Gültigkeit der Erklärung nicht beeinflußt: däraf förklaras, att en aflåtelsehandling kan vara verksam, oaktadt simulation, tyst förbehåll eller misstag, och hvad det sista beträffar, icke blott då misstaget är our-

---

[149]) Schrevelius, Inledning, S. 157. Vgl. über nullité das französische Recht; über „invalidità" Chironi e Abello, Trattato di dir. civile italiano I, S. 494.

[150]) Auch nicht Band II (Förmögenhetsrätten), S. 389, wo lediglich auf Inledning §§ 59, 67 verwiesen wird. Vgl. das Urteil von Montgomery, S. 238.

[151]) Schrevelius, Inledning, S. 137.

[152]) Anteckningar efter Prof. E. V. Nordlings föreläsningar i Svensk Civilrätt, allmänna delen. Utgifna af Juridiska Föreningen i Upsala.

[153]) Svensk Civilrätt, Allm. Delen, S. 180 f.

[154]) Zu dem Ausdruck vgl. Nordling, Svensk Civilrätt, Allm. Delen, S. 135.

[155]) Nordling, Svensk Civilrätt, Allm. Delen, S. 183.

säktligt, utan äfven, vi kunna tillägga det, då det är ursäktligt. Aflåtelsehandlingens giltighet i dessa fall visar sig sålunda icke såsom en egendomlighet, som måste förklaras från annat håll än ur den antagna hufvudgrundsatsen, utan har sin förklaring omedelbart från denne. So hat also nur der erkannte oder erkennbare Irrtum nach Nordlings Meinung die Wirkung, das Geschäft „ungültig“ zu machen: handlingen gäller såsom aflåtelse, så vida ej mottagaren insett eller bort inse misstaget [156]) — und das soll auch gelten für den Irrtum im Beweggrund, för det fall, att förvärfvaren insett eller bort inse misstaget samt sammanhanget mellan handlingen och misstaget [157]).

Das gilt natürlich auch von dem Betrug oder Zwang, den der andere ausübte oder an dem er irgendwie wenigstens teilnahm [158]) — wie aber steht es, wenn dies nicht der Fall war? Har förvärfvaren ej själf vidtagit de olagliga åtgärderna af bedrägeri eller tvång, som framkallat aflåtelsen, och har han ej häller haft vetskap om dem eller ej haft anledning att inse deras sammanhang med aflåtelsen, så bortfaller väl från hans sida sedt det skäl, som skulle göra aflåtelsen ogiltig.

Sind Zwang und Betrug derart, daß auch ein „Normal“-mensch unterlegen wäre, — dann soll das Geschäft ungültig sein. Bezüglich dieser „Ungültigkeit“ gibt nun Nordling [159]) interessante Ausführungen: dock synes . . . aflåtaren böra inom viss tid, efter det han varit underkastad bedrägeriet och kommit til insigt därom eller fått anledning att inse detta eller tvånget upphört, gifva förvärfvaren tillkänna, att han räknar aflåtelsen ogiltig.

Ob das nur gelten soll, wenn Betrug und Zwang von

[156]) Nordling, Civilrätt, Allm. Delen, S. 184.

[157]) Nordling, S. 185.

[158]) Nordling, S. 185.

[159]) Nordling, Civilrätt, Allm. Delen, S. 186. — Ich sehe dabei ab von der merkwürdigen Unterscheidung S. 185, daß es darauf ankomme, wer „den faktiska makten öfver rättsobjektet“ habe.

dritten Personen ausgeübt worden ist, läßt sich mit Sicherheit nicht sagen. Der Satz ist weiter formuliert und würde alle Fälle treffen.

Darnach käme Nordlings Ansicht etwa auf die Bestimmung des schweizerischen Obligationenrechts § 28 heraus, nur daß die Frist im schweizerischen Recht auf 1 Jahr gesetzlich festgestellt ist, während eine solche im schwedisch-finnischen Rechte, gleich dem dänisch-norwegischen und englisch-amerikanischen Recht fehlen würde, bezw. im allgemeinen als „angemessene" zu charakterisieren wäre.

Ob Nordling das sagen wollte? Mangels näherer Ausführungen muß ich dies dahingestellt lassen.

Stellenweise tiefer als beide Vorgänger dringt der finnische Jurist Montgomery[160]). Nach seiner — zum Teil stark romanistisch gefärbten[161]) — Darstellung[162]) gestalten sich die Rechtsfolgen der in Betracht kommenden Willensmängel folgendermaßen: 1. wesentlicher[163]), entschuldbarer[164]) Irrtum macht das Geschäft ungültig. Welcher Art diese „Ungültigkeit" infolge von Irrtum sein soll, darüber sagt Montgomery nichts. Wohl Nichtigkeit im Sinne der gemeinrechtlichen Doktrin. Dafür könnte man den Satz anführen: En omtvistad fråga är huruvida villfarelsen, äfven der den är väsentlig och således upphäfver den i rättsärendet förklarade viljans verklighet[165]). . . . 2. (psychischer) Zwang[166]) macht das erzwungene Geschäft ebenfalls „ungültig". Ueber die Art dieser Ungültigkeit gibt Montgomery nun näheren Auf-

---

[160]) Robert Montgomery, Handbok i Finlands allmänna privaträtt. Första Delen. Inledande läror. Helsingfors 1889—95.

[161]) Vgl. besonders S. 568, 578.

[162]) Finlands allm. privaträtt I, Kap. XV, § 3, S. 566—86.

[163]) Finlands allm. privaträtt I, S. 567 ff.

[164]) Finlands allm. privaträtt I, S. 572 f.

[165]) Finlands allm. privaträtt, S. 572. — Vgl. auch die Ausführungen über den „Zwang" und v. Willebrand, Om trolofning och ofullkomnade äktenskap. Hels. 1902, S. 45.

[166]) Die Voraussetzungen s. S. 578 f.

schluß[167]): ältere und neuere, in- und ausländische Gesetze bestimmen, daß ein erzwungenes Geschäft den Gezwungenen nicht verpflichtet[168]). Das einheimische (finnische und schwedische) Recht trifft nicht im allgemeinen, sondern nur für die einzelnen wichtigeren Rechtsgeschäfte, nämlich Eheschließung[169]), Verlöbnis[170]), Testament[171]), Kauf[172]), Bestimmungen, gibt damit aber ein für alle Rechtsgeschäfte geltendes Prinzip.

Dagegen ist die Frage, wie weit der Zwang die unmittelbare Nichtigkeit der Willenserklärung bewirkt oder bloß einen Grund für den Anspruch auf Rückgang des Rechtsgeschäftes ausmacht, in der Gesetzgebung und Doktrin verschieden beantwortet. Darüber sind die Meinungen bereits für das römische Recht geteilt, und auch in den modernen Rechtssystemen ist die Auffassung durchaus nicht einheitlich.

Bestimmt zu sagen, welches der Gedankengang des Gesetzgebers vom Jahre 1734 war und ob es derselbe war für alle Arten von Rechtsgeschäften, ist schwierig[173]). Mit Hinsicht auf die naturrechtliche Doktrin, welche zu jener Zeit die herrschende war, dürfte es das wahrscheinlichste sein, daß die Meinung dahin ging, daß Zwang die Willenserklärung ipso jure ungültig macht und den Gezwungenen berechtigt, das Rechtsgeschäft als unverbindlich zu behandeln, ohne irgend welche Verpflichtung, für dessen Vernichtung Maßnahmen zu treffen, aber gleichwohl mit der ihm gelassenen Freiheit, es nach Gutbefinden dabei bewenden zu lassen. In einem der vom Gesetz berührten Fälle wird das ausdrücklich erklärt[174])

[167]) Finlands allm. privaträtt I, S. 580 ff.

[168]) . . . icke är för denna förpligtande . . . (S. 580).

[169]) Giftermål, Giftermåls Balk, 1, 5.

[170]) Trolofning, Giftermåls Balk, 4, 1.

[171]) Testamente, Ärfda Balk, 16, 1.

[172]) Köp, Handels Balk, 1, 1.

[173]) Vgl. dazu unten!

[174]) Giftermåls Balk, 4, 1: Varder någon tvungen till fästning, och låter ej märka sitt samtycke dertill, sedan han eller hon utom tvång är, vare då den fästning ogild . . .

und die übrigen enthalten nichts, was gegen diese Auffassung spricht. Vom Kauf unter Zwang heißt es kategorisch [175]), daß er „ungültig“ (ogildt) sei, Ware oder Preis braucht sonach von dem Gezwungenen nicht geleistet zu werden; — tut er es dennoch, so hat das erzwungene Geschäft nur darum Rechtswirkung, weil die Erfüllung die hintennach geleistete freie Zustimmung enthält. Mit dem Testament soll es nach Montgomery anders liegen — aber daraus kann kein Gegenbeweis gegen den in den übrigen angezogenen Gesetzesbestimmungen „klar und deutlich ausgedrückten“ [176]) Gedanken hergeleitet werden, daß auf den Willen ausgeübter Zwang das Rechtsgeschäft de jure ungültig macht und daß dieser Ungültigkeitsgrund jederzeit mit rechtlicher Wirkung einem Anspruch auf Grund des Geschäftes entgegengestellt oder als Stütze für das Verlangen auf Rückgängigmachung der darauf gegründeten faktischen Folgen auch im Verhältnisse zu dritten Personen angeführt werden kann [177]). Irgend ein Präklusionstermin für solches Verlangen ist nicht eingeführt.

Ob diese Darstellung für schlüssig zu halten sei, kann zweifelhaft erscheinen. Aus der Stelle Giftermålsbalk 4, 1 generell den von Montgomery abgeleiteten Beweis zu holen, halte ich darum für bedenklich, weil es sich da um ein besonderes Rechtsgeschäft, die Verlobung, trolofning, handelt — und aus der Wendung: köpet . . . „vare ogildt“ in Handelsbalk 1, 1, mag sie noch so „kategorisch“ klingen, kann man deshalb nichts schließen, weil eben „ogiltig“, „ogiltighed“ verschiedenen Sinn haben kann, wie schon Schrevelius festgestellt hat [178]).

Dazu kommt ein rechtspolitischer Gesichtspunkt, der wohl Nordling in etwas bestimmt hat [179]):

---

[175]) Handels Balk, 1, 1.

[176]) Oben sagte Verfasser, daß es „schwierig“ sei, zu bestimmen, welches der Gedankengang des Gesetzgebers von 1734 gewesen sei — nun soll er sogar „klar und deutlich ausgedrückt“ sein.

[177]) Arg. 4, 3 Utsöknings Balk und 4, 5.

[178]) Schrevelius, Lärobok, Inledning, S. 157. Vgl. oben Anm. 149.

[179]) Nordling, Svensk Civilrätt, Allm. Delen, S. 186. Vgl. oben Anm. 159.

Die unbegrenzte Nichtigkeit mit Bestätigungsmöglichkeit mag dem gegenüber, der Drohung und Zwang ausgeübt hat, nicht zu Bedenken Anlaß geben, — daß aber auch dritte Personen solchermaßen ohne Schuld und Wissen ewig in der Schwebe sollten sein können, ist denn doch ein Resultat, das praktisch kaum zu ertragen wäre [180]). Mag der Gezwungene dauernd auf Kosten des Delinquenten zu spekulieren vermögen, — kein schönes, aber schließlich vielleicht erträgliches Resultat; — dritten, „unschuldigen" Personen gegenüber kann so etwas nicht verstattet sein.

Daß ferner, wenn man Montgomerys Ansicht teilt, noch manche Frage wenigstens aus praktischer Betrachtung heraus aufstößt, will ich nur andeuten:

Gibt es gegenüber solcher exceptio metus, wie Ørsted sie nennt, eine replicatio, von welcher Art etwa, und unter welchen Voraussetzungen? Hat der Geschäftsgegner des Gezwungenen gar keine Möglichkeit, den Schwebezustand zu beenden, selbstverständlich, wenn er eben davon weiß? Man denke z. B. an den Fall, daß der gutgläubige Mitkontrahent nach Abschluß des Geschäfts die näheren Umstände hört und nun gern recht bald wissen möchte, woran er eigentlich ist, was man ihm nicht verdenken kann. Nach Montgomery braucht der Gezwungene keine Entscheidung zu treffen: er kann ruhig auf Kosten der anderen spekulieren [181]) [182]).

---

[180]) Damit berühre ich einen Punkt, in dem allen genannten drei Verfassern (Schrevelius, Nordling und auch Montgomery) ein Vorwurf nicht erspart werden kann: daß sie zu wenig oder gar nicht die Praxis und deren Resultate berücksichtigen. Das ist besonders bedauerlich in Ländern, in denen die Gesetzgebung altertümlich und lückenhaft ist. Von solchem — vielleicht daß casus impotentiae oder noluntatis oder beides vorliegen mag — Ignorieren der Praxis seitens der „Theorie" hat nicht nur die Praxis den Schaden. Vgl. über die nordischen Verhältnisse die anregende und orientierende Schrift von Winroth, Rättsväsende och juridisk utbildning, 1906, besonders S. 11 ff.

[181]) Nach dem geltenden deutschen Recht ist das übrigens auch möglich — wenigstens ein Jahr lang. Oder soll es nach „Treu und Glauben" auch anders sein können? Das Resultat ist immerhin bedauerlich

3. Im allgemeinen wird dem Zwang der Betrug gleichgestellt. So verfährt auch Montgomery, aber er konstatiert doch einzelne Abweichungen. Med en af tvång påverkad vilja likställer lagen hufvudsakligen den, som till handling bestämmes af annan persons (resp. medkontrahents) afsigtligt vilseledande handlingssätt, vare sig att detta består i osanna och vanställande uppgifter om eller förhemligande af ett för rättsärendets bedömande vigtigt saksammanhang[183]). Ett sådant handlingssätt betecknas i lagarna med uttrycken list, svek och bedrägeri; det sistnämnda utgörande den tekniska termen för det brottsliga i handlingen. I civilrättsligt afseende föreligga svek och list, vare sig afsigten går ut på bereda bedragaren eller annan person fördel eller blott den besvikne en olägenhet eller förlust, eller ingendera — omständigheter hvilka inverka på straffbarheten, men icke på verkan af den sålunda framkallade viljeförklaringen. Denna blir nämligen: efter fallets beskaffenhet, antingen utan vidare åtgärd ogiltig[184]) eller ock kan den åtminstone på den bedragnes eller annan rättsegares yrkande och utredning för ogiltig förklaras[185]), dervid det åter beror på omständigheterna, huruvida det genom rättsärendet förändrade förhål-

genug, wenn man bedenkt, daß zarteste Drohung als Anfechtungsgrund — im Gegensatz zu den skandinavischen Rechten und in Abweichung von der geschichtlichen Entwicklung auf römischer Grundlage — ausreicht, wenn sie eben als Beweggrund genügend war — rein theoretisch betrachtet. Vgl. auch das schweizerische Obligationenrecht, §§ 18, 28.

[182]) Ob nach bona fides (tro och heder) anders zu entscheiden wäre? Die polemische Schrift von Fahlcrantz: Bona fides (tro och heder) och öfriga inom romersk rätt främst ledande Grundsatser. En Afhandling med svenska paralleler — gibt darüber keinen Aufschluß. — Montgomery nimmt auf heder och tro Bezug bei dem Betrug (nämlich bei der Frage, wann ein Schweigen ein betrügerisches Verschweigen sei). Finlands allm. privaträtt, S. 585.

[183]) Giftermålsbalk 4, 6—13, 8. — Handelsbalk 1, 1—4, 9, 11—10, 5—11, 4—13, 2—15, 4. Straffl. d. 19. Dez. 1889, Kap. XXXVI, § 1.

[184]) Giftermålsbalk 4, 6. — Handelsbalk 1, 1 und 4.

[185]) Giftermålsbalk 4, 2—13, 8.

landet kan återställas i sitt förra skick eller det kränkta intresset godtgöras genom skadestånd eller om såväl återställelse som skadestånd bör ega rum[186].

Darnach soll das durch Täuschung herbeigeführte Geschäft „nach Beschaffenheit des Falles“ entweder „ohne weitere Maßnahme ungültig“ sein oder „wenigstens“ auf des Betrogenen oder eines anderen „Rechtseigners“ Verlangen für ungültig erklärt werden können.

Für die ipso jure-Ungültigkeit beruft sich Montgomery auf Giftermålsbalk 4, 6: Nu kommer okänd man, och gifver sig ut til namn eller stånd, för annan än then han är: varder qvinna theraf bedragen til fästning med honom; böte tå han åttatijo daler, hälften til henne, och hälften til the fattiga; hafve ock til henne förbrutit gåfvorna, och fästningen vare ogild. Kommer vigsel thertil af samma list, och kunna the ej förlikte varda; böte han tå dubbelt, och miste äran; gånge ock thet giftermål åter[187].

Außerdem führt er an Handelsbalk 1, 1: Kiöp bör ske utan tvång eller list, med säljarens och kiöparens goda ja och samtycke. Sker thet annorledes; vare ogildt[187].

Diese Stellen sind für die „ipso jure-Ungültigkeit ohne weitere Maßnahme“ so beweiskräftig wie die beim Zwang erwähnten. Und was sich dort gegen die Schlüssigkeit der Beweisführung, sowie gegen die gesetzgebungspolitische Berechtigung anführen ließ, gilt auch hier beim Betrug, und zwar in verstärktem Maße, soweit dritte Personen in Betracht kommen[188].

Betrügerisch herbeigeführte Geschäfte sollen aber auch — „mindestens“ — auf Verlangen für ungültig erklärt werden können. Dabei stützt sich Montgomery auf zwei Stellen, beide aus Giftermålsbalken.

---

[186]) Giftermålsbalk 13, 8. — Handelsbalk 1, 4.

[187]) Wiedergegeben nach der finnländischen Ausgabe von Idestam. Uppström hat modernere Schreibweise.

[188]) Das ist eine ganz eigentümliche Besonderheit des schwedisch-finnischen Rechts gegenüber den anderen Rechten.

Die erste Stelle ist G.B. Kap. 4, § 2: Hafver enthera förr fästningen hemlig sjukdom, ther smittosam och obotelig är; eller efteråt theri råkat: såsom spetelska, fallande sot, vettlösa, raseri, pockor af lösachtighet, eller vederstyggeliga och stora fel och lyten; gånge ock then fästning åter[188a]).

Die zweite ist G.B. Kap. 13, § 8: Är man eller qvinna af naturen vanför, och til ächtenskap aldeles obeqväm, eller drages han, eller hon med obotelig smittosam siukdom förtiger thet, och svikeliga förleder annan til giftermål med sig; varder thet fulltygadt, gånge tå ächtenskapet åter; och then brotslige niute ej giftorätt i boet; uprätte ock allan skada, och plichte, som för annat bedrägeri framdeles skils.

Die erste Stelle handelt vom Verlöbnis (fästning, trolofning), und zwar von Fällen eigentlicher „ogiltighet", und von Fällen der Auflösung oder Scheidung des Verlöbnisses, „skilnad"[189]). Auf diese Unterscheidung braucht hier nicht eingegangen zu werden: nur festzustellen ist, daß von Betrug oder Täuschung gar nicht die Rede ist, sondern lediglich von Irrtum über Krankheit oder Gebrechen des anderen Verlobten. Schon aus diesem Grunde kann die Stelle nicht so verwandt werden, wie Montgomery dies tut.

Anders in mancher Hinsicht verhält es sich mit der Bestimmung von Giftermålsbalken Kap. 13, § 8[190]). Dieser Paragraph handelt von der betrügerischen Verleitung zur Eheschließung. Insofern ist er richtig angezogen. Aber da er die Eheschließung betrifft, so handelt es sich um Verhältnisse ganz besonderer Art, welche auch in anderen Rechten besonderen Normen unterliegen.

So verbliebe es also für die allgemeinen Vermögensgeschäfte bei der allgemeinen Regel, daß Betrug (Täuschung)

188a) Vgl. Neubecker, Lösung von Familienbeziehungen wegen Tuberkulose, Tuberculosis 1907, S. 342.

189) Wrede, Föreläsningar öfver Giftermålsbalken. Helsingfors 1903, S. 85.

190) Wrede, Giftermålsbalken, S. 227 f.

gleich[191]) dem Zwang das Geschäft „ungültig" macht. Diese „Ungültigkeit" aber soll nach herrschender (?) Ansicht heilbare Nichtigkeit[192]) sein, eine Nichtigkeit, die ganz zur Disposition des Betrogenen und Gezwungenen (bezw. des Rechtseigners, rättsägare) steht[193]). Einer gerichtlichen Nichtigkeitserklärung auf eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage hin bedarf es also nicht[194]).

Besondere Bestimmungen hat die schwedische Utsökningslag, gifven Stockholms Slott den 10. Augusti 1877, in Bezug auf Zwang und Betrug getroffen. Das 2. Kapitel handelt von lagsökning för gäld — und in den §§ 23 ff. werden die Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung festgestellt.

§ 23 betrifft die Einwendung gegen die Kompetenz des „Oberexekutors".

§ 24 betrifft den Fall, daß den som sökes nekar sin hand och förskrifning.

---

[191]) Daß beide Ungültigkeitsgründe gleich zu behandeln seien, ist allgemeine Meinung, wie aus der Darstellung sich ergibt. Eine andere, den fremden Rechten entsprechende Auffassung, aber ohne Begründung, wird vertreten von Flensburg, Advokaten, S. 440. Har i så fall den oriktiga uppfattningen hos den ene kontrahenten afsiktligen framkallats af hans medkontrahent, blir aftalet ogiltigt. Har åter den oriktiga uppfattningen hos den ene kontrahenten med afsikt framkallats af annan än hans medkontrahent, blir aftalet beståndande, därest icke medkontrahenten vid aftalets ingående insett eller bort inse den oriktiga uppfattningen och dess betydelse för aftalets ingående." Dies ist zweifellos falsch. Vgl. Utsökningslagen weiter unten.

[192]) Vgl. Lehr, Éléments de droit civil scandinave. Paris 1901, S. 138.

[193]) Vgl. Hemming, Handbok i Handelsrätt jämte Sjörätt, 1902, S. 72. „Att ett kontrakt som framtvingats medelst våld är i och för sig ogiltigt ligger i sakens natur. (Einfache Begründung!) Med bedrägeri, som alltid gör ett aftal ogiltigt, om den bedragne så begär . . ."

[194]) So ist es ungenau, wenn Dahlström, Den svenska privata sjörätten (Stockholm 1882), S. 152 sagt: „Har någon genom tvång eller svek förmåts afsluta en befraktning, eller har endera kontrahenten varit i villfarelse om föremålet for kontraktet och derigenom förledts att ingå på detsamma, kan certepartiet af sådan anledning af domstol blifva förklaradt ogiltigt."

§§ 25 und 26 regeln den Einwand des Betruges oder Zwanges.

§ 25: Wendet der Schuldner ein, daß er gezwungen oder verleitet worden sei, die Urkunde auszugeben, auf welche sich der Anspruch gründet, und macht er die Einwendung glaubhaft, dann werde die Sache an das Gericht[195]) verwiesen, wenn nicht der Schuldner versäumt hat, den Zwang oder die Verleitung (Täuschung) anzumelden und kundzumachen, wie in § 26 bestimmt ist.

§ 26: Die Anmeldung des Zwanges oder der Verleitung soll erfolgen bei Gericht oder dem Oberexekutor innerhalb vier Wochen, nachdem der Zwang aufhörte oder die Verleitung geschah; auch ist der Schuldner verpflichtet, innerhalb derselben Zeit, nachdem die Anmeldung erfolgte, die Bescheinigung des Gerichts oder Oberexekutors darüber in den öffentlichen Zeitungen einrücken zu lassen. Wird etwas von dem, was solchermaßen vorgeschrieben ist, versäumt, so hat der Oberexekutor ohne Rücksicht auf die Einwendung, von der der § 25 handelt, das Recht des Gläubigers zu prüfen.

Mit diesen Bestimmungen ist kein materielles Recht gegeben. Anders steht es mit der königlichen Verordnung über die Einführung der Vollstreckungsordnung (Utsökningslag) vom 10. August 1877, § 10, Ziff. 2: darnach soll der Ausgeber eines „laufenden Schuldbriefes" (eines Inhaber- oder Orderpapieres) nur dann dem gutgläubigen Dritterwerber den Einwand, daß er zur Ausstellung des Papieres gezwungen oder verleitet worden sei, entgegenstellen dürfen, wenn er die im § 26 Utsökningslagen bestimmten Maßnahmen getroffen hat — d. h. nur wenn er binnen vier Wochen Zwang oder Betrug angemeldet und binnen weiterer vier Wochen bekannt gegeben hat[196]).

---

[195]) Exekutionsorgane sind die Verwaltungsbehörden. S. des näheren Utsökningslag, §§ 1, 2.

[196]) Vgl. in Bezug auf „barns rättshandel" Winroth, Svensk Civilrätt III, Föräldrarrätt, 1901, S. 107.

Das ist eine dankenswerte Einschränkung, die in etwas an die Bestimmung des dänisch-norwegischen Rechts über die Anmeldung des Zwanges bei Gericht erinnert[197].

Trotz der politischen Trennung geht das finnische Recht auch hier dem schwedischen[198] parallel: die finnische Utsökningslag vom 3. Dezember 1895 trifft in ihrem Kapitel 2, §§ 15, 16, wörtlich genau dieselben Bestimmungen, wie die schwedische Utsökningslag §§ 25, 26.

Auch der § 13 der Einführungsverordnung entspricht der schwedischen Bestimmung (§ 10, Ziff. 2)[199]. —

Ich wende mich nunmehr zu der Frage des Rücktritts nach schwedisch-finnischem Recht.

Daß bei der Lage des Quellenmaterials auch hier die Präzision größer sein könnte, kann nicht wundernehmen.

Eine entsprechende Bestimmung fehlt im Gesetz, und so ist man auf die Literatur verwiesen, die nicht gerade überreichliche Auskunft gibt.

Schrevelius[200] begnügt sich mit recht vagen Andeutungen: Om en af tvenne contrahenter icke å sin sida uppfyller det, hvartill han är skyldig, så är detta icke i allmänhet något skäl, hvarföre den andre kan å sin sida upplösa förbindelsen. Men äfven denna regel kan någon gång lida ett undantag. Det är nemligen möjligt, att båda skyldigheterna

---

[197]) Vgl. Lehr, Éléments de droit civil scandinave, S. 188, § 368.

[198]) Die Paragraphenzählung geht nicht durch das ganze Gesetz, wie in der neueren Zeit in Schweden, sondern erfolgt gemäß dem Stil der älteren Gesetzgebung kapitelweise.

[199]) Vgl. dazu auch Serlachius, Lärobok i Obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt, 1902, S. 156. Serlachius will die Bestimmung analog ausdehnen auf Irrtum. Für Wechsel gilt nach der Wechselordnung etwas anderes: der gutgläubige Erwerber eines Wechsels wird von den Willensmängeln bei der Ausstellung überhaupt nicht berührt. Der Wechsel ist darnach also besser und verkehrsfähiger als ein Inhaberpapier!

[200]) Schrevelius, Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande Civilrätt, II. Delen. Förmögenhetsrätten. 2. Upplagan. Lund 1857, S. 477.

stå i ett sådant sammanhang med hvarandra, att en sådan uraktlåtenhet å den ena sidan verkeligen ger den andre contrahenten rätt, att bryta contractet.

Das ist alles!

Viel mehr bringt auch Serlachius nicht[201]): Under förutsättning att det obeböriga ryggandet från den ene kontrahentens sida är bestämdt och ovilkorligt, kan med fullt skäl åtminstone det sägas ligga „i sakens natur", att den andre är berättigad att å sin sida afstå från fullgörande och utan vidare utkräfva ersättning af den förre, så framt hans ersättningsanspråk icke omfattar mera än skilnaden mellan det till honom utfästa vederlaget och beloppet af alla kostnader, hvilka för åstadkommandet af hans prestation skulle varit nödiga.

Hemming[202]) berichtet: Häfvande af kontraktet på grund af den ena partens kontraktsbrott är enligt svensk rätt endast en undantagsvis medgifven rätt. Vid köpeaftal af olika slag äfvensom inom sjörätten medgifves dylikt i utsträckning. Darnach[203]) gibt es also grundsätzlich kein Rücktrittsrecht, mit Ausnahmen. So beim Kaufe: att därest säljaren icke enligt aftal tillhandahåller varan, köparen äger häfva aftalet ligger i köpeaftalets natur[204]). Att äfven säljaren, därest han icke får emottaga aftalad betalning för varan, har samma rätt, så länge han ännu innehar varan, lärer icke heller vara tvifvelaktigt. I båda fallen äger den kontrahent, som nödgats häfva aftalet, att af den som brutit kontraktet utkräfva ersättning för den skada som genom kontraktsbrottet förorsakats[205]).

---

[201]) Serlachius, Lärobok i Obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt. Helsingfors 1902, S. 132.

[202]) Hemming, Handbok i Handelsrätt jämte Sjörätt, S. 79.

[203]) Leider gibt Hemming in seinem „Handbok", wie es vielfach auch in umfangreicheren und mehr wissenschaftlichen Charakter tragenden Werken über schwedisches Recht geschieht, keinerlei Hinweise auf seine Quellen.

[204]) Vgl. Serlachius, oben Anm. 201.

[205]) Handbok i Handelsrätt jämte Sjörätt, S. 90.

Gegenüber der Ansicht von Serlachius und Hemming, daß bei Kauf Rücktrittsrecht zustehe, wird bei Flensburg[206]) die Meinung vertreten, daß Rücktrittsrecht bei nicht rechtzeitiger Erfüllung nur unter Kaufleuten dem Handelsgebrauch gemäß gegeben sei, sonst aber nur, wenn die Erfüllung für den Gläubiger kein Interesse mehr habe:

I allmänhet kan det blotta dröjsmålet med köpeaftalets fullgörande icke gifva någon rätt att frånträda detsamma. En sådan rätt får köparen först därigenom, att dröjsmålet har gjort aftalets uppfyllande betydelselöst för honom. ... Vid köpeaftal mellan handlande räknas, enligt gängse handelsbruk, äfven det minsta dröjsmål såsom väsentligt och berättigar således köparen att utan vidare frånträda köpeaftalet.

In welcher Weise das Rücktrittsrecht auszuüben ist, wird meist stillschweigend vorausgesetzt. Aus den gebrauchten Worten afstå från fullgörande[207]), upplösa förbindelsen[208]), auch rygga[209]) oder bryta[210]) kontraktet, häfva[211]), frånträda[212]) kontraktet — und der ganzen Darstellung[213]) ergibt sich, daß der Rücktritt durch private Willenserklärung auszuüben ist. Daß es so unter Kaufleuten Rechtens sei, wird auch ausdrücklich bei Flensburg[214]) behauptet: Vill han begagna denna sin rättighet, måste han emellertid oförtöfvadt underrätta säljaren härom.

---

[206]) Flensburg, Advokaten, S. 462.

[207]) Serlachius, Lärobok i Obligationsrättens allmänna del enligt finsk rätt, S. 132.

[208]) Schrevelius II, S. 477.

[209]) Serlachius, Oblig. allm. del, S. 132.

[210]) Schrevelius, Lärobok, S. 477.

[211]) Hemming, Handbok, S. 79. S. auch das Gesetz von 1905 (lag om köp och byte af lös egendom), unten S. 90 f.

[212]) Flensburg, Advokaten, S. 462.

[213]) Vgl. z. B. Serlachius, S. 132: ... berättigad att å sin sida afstå från fullgörande och utan vidare utkräfva ersättning.

[214]) Advokaten, S. 462.

C. Gemeinsames skandinavisches Obligationenrecht.

Die drei nordischen Königreiche haben sich im Jahre 1905 ein inhaltlich im wesentlichen übereinstimmendes Gesetz über „Kauf und Tausch beweglicher Sachen“ gegeben. Das schwedische Gesetz ist: Lag om köp och byte af lös egendom, gifven Stockholms slott den 20 juni 1905 [215]).

Die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts werden von dem neuen Gesetz nicht berührt, und das Gesetz enthält keinerlei Bestimmungen über den Abschluß des Kauf- und Tauschvertrages. So läßt es denn auch den § 1, Kap. 1 Handelsbalken [216]) unberührt [217]), und über die Wirkungen der Willensmängel enthält sich das Gesetz jeder Regelung. Dagegen finden sich Normen über den Rücktritt. Für die Frage nach der Gestaltung des Rücktrittsrechts kommen hauptsächlich in Betracht die §§ 21, 22, 26, 28, 29, 31, 32, 61.

Der Grundgedanke der Gesetzgebungskommission war, daß bei bedeutenderem Kontraktbruch für den Mitkontrahenten ein Rücktrittsrecht gegeben sein solle [218]). Er ist enthalten in den §§ 21 und 28, welche von grundlegender Bedeutung sind. Der § 21 beginnt die Reihe der Bestimmungen, welche von dem Verzug auf seiten des Verkäufers handeln; § 28 betrifft dagegen den Verzug des Käufers.

---

[215]) Kommentar von Westring (Stockholm 1906), und besonders groß angelegt, bis jetzt bis zu § 41 gediehen, der von Tore Almén (593 Seiten).

[216]) Handelsbalkens första kapitel, till den del det fortfarande skall äga giltighet, gör närmast intrycket af en ruin från länge sedan svunna tider. Almén, Om köp och byte af lös egendom. Stockholm 1906, S. 21.

[217]) Westring, Lagarna om köp och byte. Stockholm 1906, S. 9. — Lag om köp och byte af lös egendom, den 20 juni 1905. Norstedt & Söner. S. 3.

[218]) Lag om köp och byte af lös egendom. Stockholm. Norstedt & Söner. S. 41 „Kommittéen“. Den Unterschied besonders gegenüber dem deutschen Recht hebt hervor Almén, Om köp och byte af lös egendom, S. 262.

§ 21: Varder godset ej i rätt tid aflämnadt, och beror ej sådant af köparen eller af händelse, för hvilken han står faran, stånde till honom, huruvida han vill kräfva godsets aflämnande eller häfva köpet.

Var dröjsmålet af ringa betydelse för köparen, eller hade säljaren grundad anledning att sådant antaga må ej köpet häfvas, utan så är att köparen betingat sig noggrant iakttagande af tiden för godsets aflämnande; dock skall vid handelsköp hvarje dröjsmål medföra rätt till köpets häfvande, med mindre det, som fördröjdt är, utgör allenast en ringa del af godset.

Parallel bestimmt § 28:

Varder ej i rätt tid köpeskillingen erlagd eller åtgärd, hvaraf dess utbekommande må bero, af köparen vidtagen, stånde till säljaren, huruvida han vill häfva köpet eller kräfva dess fullgörande; dock må, där dröjsmålet är af ringa betydelse, köpet ej häfvas, med mindre det är att till handelsköp hänföra.

Är godset kommet i köparens besittning, hafve säljaren ej makt att häfva köpet efter ty nu är sagdt, så framt han ej därom gjort förbehåll eller godset blifvit af köparen afvisadt.

So soll also bei wesentlichem Verzug des einen Teiles, des Verkäufers oder Käufers, der andere Teil, der Käufer oder Verkäufer, zurücktreten, den Kaufvertrag aufheben oder aber Erfüllung verlangen können (häfva köpet eller kräfva fullgörande) [219]. Dieses Wahlrecht ist an keine bestimmte Frist gebunden: es kann aber befristet werden durch Anfrage des in Verzug befindlichen Teiles (§§ 26, 27, 31 — §§ 31, 32). Wer auf solche Anfrage schweigt, verliert entweder sein Recht auf Erfüllung, oder, wenn bereits inzwischen Geld oder Ware in den Besitz des anderen Teiles gelangt ist, das Recht auf Rücktritt.

Wie das Rücktrittsrecht bezw. das Wahlrecht auszu-

---

[219]) Vom Schadenersatz handeln §§ 23, 24, 30 u. a.

üben sei, darüber gibt das Gesetz an den betreffenden Stellen nähere Bestimmung: die Ausübung erfolgt durch „Mitteilung“. So in § 26: „. . . där han ej inom rimlig tig meddelat säljaren, att han vill den rätt utöfva“ [220]. § 27: „Vill på grund af dröjsmålet köparen häfva köpet, meddele han det säljaren. . . .“ [221]

Die Voraussetzungen der Wirksamkeit der „Mitteilung“ normiert der § 61, — in bemerkenswerter Abweichung von dem Gedanken der deutschen Rechtsordnung. Die Mitteilung ist nicht ankunfts-(empfangs-), sondern nur absendungsbedürftig. Immerhin — der Rücktritt erfolgt durch private Erklärung, es bedarf keines prozessualischen Apparates, keiner Klage und keines Urteils auf Aufhebung oder Auflösung des Rechtsverhältnisses.

IV.

Das System der staatlichen Vertragslösung durch richterliche Hilfe im Wege des Prozesses befolgen im wesentlichen die romanischen Rechte, und zwar auf römischer Grundlage. Von vorbildlicher Bedeutung ist das französische Recht gewesen, das darum an erster Stelle zu betrachten ist.

1. Das französische Recht.

Den Grundsatz für die rechtliche Behandlung der Willensmängel, die hier einer rechtsvergleichenden Betrachtung unterliegen, stellt der Artikel 1109 des Code civil auf: Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol.

Die näheren Bestimmungen über erreur [222] trifft der

---

[220] Vgl. § 31.

[221] Vgl. § 32.

[222] Vgl. Windscheid, Ungültigkeit, S. 252. — Hudelot-Metman,

Art. 1110[223]); von violence[224]) handeln die Art. 1111—1115; von dol[225]) der Art. 1116. Es wird festgesetzt, unter welchen Voraussetzungen erreur, violence, dol „une cause de nullité“ (Art. 1110, Abs. I, Abs. II — Art. 1111, 1113 — Art. 1116) abgeben, oder genügen pour annuler le contrat (Art. 1114), oder wann ein contrat peut être attaqué (pour cause de violence, Art. 1115).

Diese Voraussetzungen sind beim französischen Recht so wenig wie bei den anderen Rechten gemäß dem hier verfolgten Zwecke zu untersuchen: in Frage steht allein die Wirkung der besagten Willensmängel.

Das Gesetz hat sich nun nicht damit begnügt, im Art. 1109 zu bestimmen, daß das durch erheblichen Irrtum, Täuschung, Drohung affizierte Geschäft nicht „valable“ sei, oder nul, annulable, attaquable (Art. 1110 ff.)[226]), sondern es gibt über die Wirkung eine eigene Vorschrift, die sonach allen jenen Ausdrücken erst ihren eigentlichen Sinn gibt, bezw. ihnen den eigenen selbständigen Sinn nimmt. So kommt dem Art. 1117 die ausschlaggebende Bedeutung in unserer Materie zu[227]): La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision dans les cas et de la

---

Des Obligations, 1901, S. 29. — Pothier, Traité des obligations, Nr. 17 ff. — Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, S. 259. — Planiol, Traité I, S. 107; II, S. 354 ff.

[223]) Ueber das badische Recht vgl. Seng, Grundzüge des französischen Zivilrechts und des badischen Landrechts, 1904, S. 26.

[224]) Windscheid, Ungültigkeit, S. 246. — Hudelot-Metman, Des Obligations, S. 33. — Pothier, Traité des obligations, Nr. 21 ff. — Crome, Allgem. Teil, S. 266. — Planiol, Traité I, S. 106; II, S. 360 ff.

[225]) Windscheid, Ungültigkeit, S. 248. — Hudelot-Metman, Des Obligations, S. 38. — Pothier, Traité des obligations, Nr. 28 ff. — Crome, Allgem. Teil, S. 264. — Planiol, Traité I, S. 107; II, S. 356 ff.

[226]) Ueber die Terminologie vgl. Windscheid, Ungültigkeit, S. 2 ff.

[227]) Vgl. Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, S. 246.

manière expliquée à la section VII du chapitre V du présent titre [228]).

So ist die convention nulle aber nicht nulle de plein droit [229]). Welchen Inhalt nun diese nullité [230]) positiv hat, darüber gibt der Nachsatz Aufschluß: elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision. So darf man den Satz aufstellen, daß Irrtum, Zwang, Betrug das Geschäft anfechtbar [231]) machen.

Das anfechtbare [232]) Geschäft kann bestätigt werden [233]) nach Art. 1338: L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre laquelle la loi admet l'action en nullité ou en rescision, n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif, de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée. . . .

Die Anfechtung dagegen erfolgt im Wege der Klage [234]) — und zwar kommen in Bezug auf Irrtum, Zwang, Betrug folgende Vorschriften der Section VII „de l'action en

---

[228]) Ueber die Stellung im System des Gesetzes vgl. Hudelot-Metman, Des Obligations, S. 349, Art. 1234.

[229]) Windscheid, Ungültigkeit, S. 245. — Stabel, Institutionen des französischen Zivilrechts, S. 427.

[230]) Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, S. 240. — Vgl. ogiltighet im schwedischen Recht.

[231]) Vgl. Windscheid, Ungültigkeit S. III, S. 45 ff. — Seng, Grundzüge des französischen Zivilrechts und des badischen Landrechts, S. 26. — Förtsch, Der Code civil und das bürgerliche Gesetzbuch, S. 205. — Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, S. 243 ff., 247. — Crome-Zachariae I, S. 362 ff.

[232]) Im Gegensatz zum „nichtigen". Enfin l'acte nul de plein droit peut être attaqué par toute personne interessée; étant inexistant, il n'est pas susceptible de confirmation ou de ratification, quod nullum est confirmari nequit. Hudelot-Metman, Des Obligations, S. 350. Vgl. auch S. 353, Nr. 614; S. 351, Nr. 609.

[233]) Crome, Allgemeiner Teil, S. 312 ff.

[234]) Windscheid, Ungültigkeit, S. III. — Stabel, Institutionen des französischen Rechts, S. 427.

nullité ou en rescision des conventions“ Art. 1304[235]) in Betracht:

Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans.

Ce temps ne court, dans le cas de violence, que du jour où elle a cessé; dans le cas d'erreur ou de dol, du jour où ils ont été découverts.

Die Klage verjährt also in 10 Jahren[236]), und zwar läuft die 10jährige Frist von Kenntnis, bezw. Freiheit ab[237]).

Die Klage nennt das Gesetz pleonastisch: action en nullité ou en rescision, „Ungültigkeits“- oder Auflösungs“klage. Beide Ausdrücke sind nach dem Code civil völlig gleichbedeutend[238]), im Gegensatz zu dem früheren Rechte[239]).

Das dem Klageantrag entsprechende Urteil[240]) ver-

---

[235]) Windscheid, Ungültigkeit, S. 45 ff. — Barassi, Teoria della ratifica del contratto annullabile, 1898, S. 119 ff.

[236]) Windscheid, Ungültigkeit, S. 44. — Vgl. auch Förtsch, S. 205. — Crome-Zachariae II, S. 394.

[237]) Vgl. Windscheid, Ungültigkeit, S. 84.

[238]) Vgl. Hudelot-Metman, Des Obligations, S. 349. — Crome, Allgemeiner Teil, S. 247. — Planiol, Traité II, S. 427.

[239]) Vgl. zur Geschichte (Nullités de coutume et d'ordonnance; nullités de droit. — Les voies de nullité n'ont point de lieu en France) Windscheid, Ungültigkeit, S. 54 ff.; Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, S. 246 f.; Crome-Zachariae, Handbuch II, S. 380 f.; Planiol, Traité II, S. 246. Sehr ausführlich Barassi, Teoria della ratifica del contratto annullabile, 1898, S. 101 ff. — Giorgi, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, Bd. IV (5. Ed. 1899), S. 2 ff.; Bd. VIII, S. 223 ff. (Nr. 141 ff.) — Aubry et Rau, Cours de droit civil français, Bd. IV, 1902, S. 408 ff.

[240]) Vgl. Behaghel, Das badische bürgerliche Recht, 1892, II, S. 92. — Nach Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, S. 245, ein Feststellungsurteil. — Planiol, Traité II, S. 427, Nr. 1277: La sentence d'annulation possède donc la même rétroactivité que celle qui prononce la résolution d'un contrat. L'effet produit est le même, bien que la cause soit différente.“ Darnach handelt es sich um ein rechtsgestaltendes, konstitutives Urteil — mit Recht.

nichtet rückwärts hin das Geschäft, macht es ex tunc nichtig [241]).

So kann die Anfechtung im prozessualischen Angriff, in der Klage, erfolgen, aber auch in der prozessualischen Defensive, einredeweise ist sie durchführbar [242]), — immer aber bedarf es des Prozesses. —

Parallel dieser Art der Anfechtung eines Vertrages wegen Willensmängel (oder auch aus anderen Gründen) geht die Art des Rücktritts von gegenseitigen Verträgen.

Die Formulierung des Code civil ist eigentümlich: sie geht auf Pothier zurück, dessen Lehre die Grundlage bildet und von dem sonach der Ausgangspunkt zu nehmen ist [242a]). In der troisième partie seines Traité des obligations behandelt Pothier die Arten des Erlöschens der Obligationen, und im Chap. VII, „de plusieurs autres manières dont s'éteignent les obligations", Art. II, Nr. 672, spricht er „des conditions résolutoires".

De même qu'on peut contracter une obligation à la charge qu'elle ne durera que jusqu'au bout d'un certain temps, on peut aussi contracter une obligation „à la charge, qu'elle ne durera que jusqu'à l'évènement d'une certaine condition: comme lorsqu'en me rendant caution pour Pierre, j'ai stipulé „que je m'obligeais pour lui jusqu'au retour d'un certain vaisseau sur lequel il a un gros intérêt"; mon obligation ne dure que jusqu'au retour du vaisseau; le retour du vaisseau l'éteint.

On appelle cette espèce de condition, condition résolutoire.

Solche „auflösenden Bedingungen" sollen nun besonders

---

[241]) Vgl. Förtsch, Der Code civil und das bürgerliche Gesetzbuch, S. 205. — Aubry et Rau, Cours de droit civil IV, S. 412.

[242]) Crome, Allgemeiner Teil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft, S. 247. — Crome-Zachariae, Handbuch des französischen Zivilrechts, Bd. II, S. 380; S. 398, Anm. 12.

[242a]) Vgl. auch Giorgi, Teoria delle obbligazioni, Bd. IV, S. 214 ff.

häufig bei gegenseitigen Verträgen angewendet werden[243]: auflösend bedingend sei die Nichterfüllung durch den anderen Teil: par exemple, si je vous vends mon vin, à la charge que „si vous ne venez l'enlever et payer dans huitaine, je serai déchargé de l'obligation", c'est une condition résolutoire.

In solchem Falle müßte nun eigentlich konsequenterweise, selon la simplicité des principes[244]) ohne weiteres mit Eintreten der Bedingung der Vertrag gelöst sein — aber die Praxis des französischen Rechts zu Pothiers Zeiten war eine andere. Pothier begründet sie nicht und opponiert ihr nicht[245]), er berichtet: néanmoins, dans notre pratique fran-

---

[243]) Vgl. Kohler, Gesammelte Abhandlungen, S. 33 f. — Planiol, Traité II, S. 440.

[244]) Planiol, Traité II, S. 440, Nr. 1310 verweist auf das römische Recht. Vgl. Dig. 18, 3, l. 2 de lege commissoria.

[245]) Planiol, Traité II, S. 440, Nr. 1312 bemerkt: On peut s'en étonner, puisque la résolution a pour origine une convention expressément stipulée entre les parties ... pourquoi donc la volonté des parties ne détruit-elle pas ici le contrat de plein droit, ...? ... La pratique française a abandonné ce principe (nämlich des römischen Rechtes nach der lex commissoria Dig. 18, 3) et force le créancier non satisfait à s'adresser aux tribunaux pour faire résoudre le contrat. Pothier indique cette différence sans l'expliquer. Die gewöhnlich gegebene Erklärung, daß der eine Teil die Wahl haben müsse und daß sich der Vertrag nicht gegen seinen Willen ipso facto lösen dürfe, verwirft Planiol mit Recht: das ist doch keine Begründung der Klage. Aber es scheint mir doch charakteristisch, daß dies den Franzosen für gewöhnlich ausreicht, so selbstverständlich fast erscheint ihnen das ganze System der staatlichen Vernichtung von Rechtsgeschäften. So spricht selbst Planiol (II, S. 441, Nr. 1313) von einer action en résolution nach § 325 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs. So opponiert, meine ich, Planiol gegen die gewöhnliche Erklärungsweise mit Recht — was er selbst bringt, ist allerdings auch nicht stichhaltig: die Rückforderung des bereits Geleisteten hat mit der action de la résolution gar nichts zu tun. Diese ist möglich, ohne daß irgend eine Leistung stattgefunden hat. Darum ist auch die Alternative, von der Planiol II, S. 439, Nr. 1309 spricht, nicht richtig: Exceptio non adimpleti contractus, wenn noch nicht erfüllt, résolution, quand il est trop tard pour opposer ladite exception parce que l'obligation est déjà exécutée. Gewiß, dann kann man nicht mehr die exceptio non

çaise, il est d'usage de faire une sommation au créancier par un sergent, à ce qu'il ait à satisfaire à la condition, avec assignation devant le juge pour voir prononcer la nullité de l'engagement, faute par lui d'avoir satisfait.

Diese obrigkeitliche Bevormundung des rechtsgeschäftlichen privaten Verkehrs ist mehr als nur inkonsequent, sie ist belästigend und kostspielig, zeitraubend, und bei Lichte besehen entwürdigend.

Pothier gibt, wie gesagt, keine Begründung: er referiert. Wohl war ein Grund der allgemeine Gedanke, daß es sich um Aufhebung einer Obligation handle, und daß sie aufgehoben werden solle gegen den Willen des anderen Teiles, daß also die Aufhebung zwangsweise erfolgen solle, und so eine Aehnlichkeit zu der Aufhebung wegen Willensmängel und gleich wirkender anderer Geschäftsmängel vorhanden sei. Aber bei Irrtum, Zwang, Betrug ist der Aufhebungsgrund im Gesetz begründet, und darin liegt eben die Verschiedenheit. Bei condition résolutoire dagegen ist die aufhebende Wirkung in dem von den Parteien geschlossenen Geschäfte fundiert.

Néanmoins, dans notre pratique française . . .!

Aber nicht nur bei ausdrücklicher Bedingung mag's so gehalten werden, auch stillschweigend sollen solche auflösenden Bedingungen eingefügt werden können — und in allen gegenseitigen Verträgen ohne weiteres enthalten sein.

Quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention l'inexécution de votre engagement comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous; néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le résiliement du

---

adimpleti contractus entgegenhalten, man muß klagen; aber — darauf beschränkt sich die action de la résolution keineswegs. — Vielleicht kommt neben dem allgemeinen Gedanken der bureaukratischen Gestaltung der Grundzug der französischen Jurisprudenz in Betracht, den Planiol, Traité II, S. 444, Nr. 1323 angibt: En matière de résolution notre jurisprudence traditionnelle est pleine de mansuétude envers le débiteur.

marché, et conséquemment[246]) l'extinction de mon obligation. Mais[247]) il faut que je fasse prononcer le résiliement par le juge, sur l'assignation que je dois vous donner à cet effet.

Supposons, par exemple, que je vous ai vendu ma bibliothèque purement et simplement: si vous tardez à m'en payer le prix, l'inexécution de l'engagement que vous avez contracté de me payer le prix convenu, donnera lieu à l'extinction de celui que j'ai contracté de vous livrer ma bibliothèque.

Mais cette extinction de mon engagement ne se fera pas de plein droit[248]); elle se fera par la sentence qui interviendra sur l'assignation que je vous donnerai, pour voir dire, que „faute par vous d'enlever ma bibliothèque et de m'en payer le prix, le marché demeurera nul". Il est, en ce cas, à la discretion du juge de vous impartir tel délai qu'il jugera à propos pour satisfaire à votre obligation, après lequel je pourrai obtenir sentence qui prononcera le résiliement du marché, et me déchargera de mon engagement.

Diese von Pothier vorgefundene, von ihm widerspruchslos referierte Praxis ist in den Code civil einfach übernommen worden. In Buch III, titre III, des contrats ou des obligations conventionnelles en général, werden unter Chap. IV die verschiedenen Arten der Obligationen und unter Sektion I die bedingten Obligationen behandelt, darunter in Art. 1183, 1184 die condition résolutoire. Art. 1184 enthält die hier maßgebende Bestimmung: „La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. — Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la réso-

[246]) Hier also Konsequenz.

[247]) Hier fehlt also die Konsequenz wiederum.

[248]) Bezüglich dieses Ausdruckes vgl. oben. Code civil, Art. 1117.

lution avec dommages et intérêts. — La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au defendeur un délai selon les circonstances."

Der Code civil folgt in diesem Artikel so genau den Spuren Pothiers[249]), daß er sogar von einer condition résolutoire sous-entendue spricht, daß er also den ganzen konstruktionellen Ausgangspunkt mit übernimmt, der auch in der gewöhnlichen Ausdrucksweise „condition résolutoire tacite" in den allgemeinen juristischen Sprachgebrauch überging[250]).

So kann also bei Nichterfüllung eines gegenseitigen Vertrages geklagt werden — entweder auf Erfüllung oder auf Auflösung[251]). Der Richter kann gestaltend eingreifen und Aufschub gewähren[252]) und muß dann, wenn die gegebene Gnadenfrist erfolglos verstrich[253]), gemäß der Auflösungsklage auf Auflösung erkennen[254]) [255]).

---

[249]) Vgl. Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, S. 161, Anm. 15: „Schauspiel eines fast kindlichen Ringens nach Wahrheit."

[250]) Ueber die Unrichtigkeit dieser Vorstellung vgl. Kohler, Gesammelte Abhandlungen, S. 33. — Planiol, Traité II, S. 439. — Im Gegensatz dazu steht die „condition résolutoire expresse" nach Art. 1183.

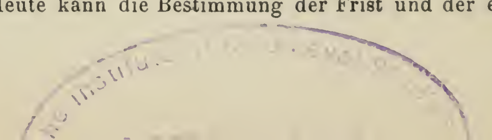
[251]) Planiol, Traité II, S. 442, Nr. 1315. — Auch nach Klageerhebung kann noch gewählt werden. S. auch Stabel, Institutionen des französischen Zivilrechts, S. 385.

[252]) Planiol, Traité II, S. 442, Nr. 1316. Le juge, saisi d'une demande en résolution, n'est pas obligé de l'accorder immédiatement. L'art. 1184, al. 3, lui permet d'accorder un délai, „selon les circonstances". C'est une application particulière du système du délai de grâce, établi par art. 1244.

[253]) Planiol, Traité II, S. 442, Nr. 1316: „Mais ce délai n'est pas renouvelable: quand le débiteur qui en à profité la laisse s'écouler sans donner satisfaction à son créancier, la résolution doit être nécessairement prononcée (arg. art. 1655 in fine).

[254]) Das ganze Verfahren erinnert an das „Verfahren in Ehesachen" — eine Parallele, die ich nur andeuten, nicht durchführen will. Vgl. auch oben unter II.

[255]) Heute kann die Bestimmung der Frist und der eventuelle Aus-



Die Auflösung ist sonach das Werk des Richters: es kann hier keine Rede von Feststellungsklage und Feststellungsurteil sein[256]). Notre droit a sur ce point un système particulier: la résolution étant l'œuvre du juge, et non de la volonté des parties, ne se produit qu'au moment du jugement, et même elle ne devient définitive que lorsque ce jugement a acquis l'autorité de la chose jugée ou qu'il a été confirmé en appel. De là une double conséquence: 1°. le défendeur peut jusqu'au jugement empêcher la résolution par une offre d'exécuter son engegement; 2°. il recouvre son droit même après la sentence qui le condamne, s'il exerce une voie de recours, telle que l'appel, qui remet tout en question.

Welch eine Verschleppung, ein geradezu sinnloses Prozessieren! Ein Prozeß auf Auflösung läuft siegreich durch eine Instanz nach jahrelangem Streit und kurz vor dem Urteil zweiter Instanz erfüllt der Beklagte — dann ist alles umsonst gewesen! Der Richter gewährt Aufschub — der Beklagte erfüllt nicht — nun muß der Richter auf Auflösung erkennen — aber damit ist kein Definitivum geschaffen. Der Beklagte hat immer noch die Wahl. Diese Freiheit und Willkür des säumigen Teiles kontrastiert seltsam mit der steifen und ungelenken staatlichen Bevormundung.

Daß das nicht in Ordnung ist, betont auch Planiol[257]).

Ces résultats sont logiques, étant donné le point de départ; on peut se demander s'ils sont bien équitables. Est-il juste de deplacer ainsi l'option qui appartient naturellement au créancier pour la faire passer au débiteur en faute? Eine treffende Kritik!

Planiol verweist noch auf das schweizerische Recht: la loi fédérale suisse ne se prête pas à ces surprises et réserve

---

spruch der Folgen in einem Urteil vereinigt werden. Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, S. 160, Anm. 12.

[256]) Planiol, Traité II, S. 443, Nr. 1319. Vgl. Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, S. 173.

[257]) Planiol, Traité II, S. 443, Nr. 1319.

au créancier seul le droit de se départir du contrat ou de s'y tenir (Art. 122 et 123). Er hätte auf alle germanischen Rechte verweisen können, die mit ihrer privaten außerprozessualischen Rücktrittserklärung solchen geradezu unsinnigen Sätzen, wie sie das französische Prinzip zeitigt, nicht ausgesetzt sein können [258]).

Ist nun durch rechtskräftiges Urteil die Auflösung ausgesprochen, dann wirkt das Urteil zurück: la résolution prononcée par jugement rétroagit quand elle est acquise et ses effets remontent même au delà du jour de la demande, le contrat disparaît même dans le passé, comme par effet d'une condition résolutoire [259]).

Um solcher elenden Regelung zu entgehen, hat man nun ein Mittel: man macht aus der Nichterfüllung eine „condition résulutoire ordinaire“, d. h. man macht sie zu einer vertragsmäßigen Bedingung, zu einer condition conventionnelle. Dès lors, le contrat se résout automatiquement par le seul défaut d'exécution, sans que le juge ait à intervenir, sans

---

[258]) Mir scheint, daß das oft nicht genügend beachtet wird. So z. B. sagt Tore Almén, daß das neue skandinavische Gesetz über köp och byte ein Aufhebungsrecht gebe, das sich besonders gegenüber dem deutschen, schweizerischen und französischen Recht abhebe. Im deutschen und schweizerischen Recht müsse man dem Gegner erst eine Frist setzen, und erst nach fruchtlosem Ablauf der Frist könne man zurücktreten. Anders im französischen Recht, wo der Säumige kein solches Recht auf eine Frist habe, während freilich da die Besonderheit bestehe, daß man klagen müsse. Enligt fransk rätt har väl moranten i regel icke anspråk på att erhålla något dylikt anstånd med prestationsskyldighetens fullgörande, men där gäller i stället den för nordisk (germanisch!) rättsåskådning ännu mera främmande grundsatsen, att häfningsrätten icke kan utöfvas annorledes, än därigenom att vederbörande hos domstol påyrkar, att aftalet måtte förklaras upplöst. (Almén, Om köp och byte af lös egendom, S. 262.) Nicht nur die Besonderheit des Prozesses besteht, sondern die Möglichkeit, im Prozeß den Richter und den Gegner am Narrenseil herumzuführen!

[259]) Planiol, Traité II, S. 443, Nr. 1320. Vgl. Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, S. 167.

qu'il ait le moyen de retarder ou d'empêcher la résolution par la concession d'un délai au débiteur [260]).

Geradezu neckisch ist dabei, daß Pothier von der vertragsmäßigen condition résolutoire ausging und deren durch Gerichtspraxis verzerrtes Recht auf die synallagmatischen Verträge kraft der fiktiven Konstruktion der condition résolutoire tacite übertrug — und nun rät Planiol, um dieser „rechtlichen Ordnung“ zu entgehen, vertragsmäßig die Folgen der Nichterfüllung in der angegebenen Weise festzusetzen! Selbstverständlich ist auch, daß die Parteien durch neuen Vertrag einverständlich den Vertrag lösen können [261]).

So kann also bei Nichterfüllung [262]) im Wege der Auflösungsklage „Vernichtung“, Umstoßung, Auflösung, résolution, gefordert werden — mit einer Verjährung von 30 Jahren [263]). Da das konstitutive Element [264]) das richterliche Urteil ist, das nach der Wahl [265]) des Richters ergeht, so ergibt sich, daß zwangsweise Lösung gegen den Willen des anderen Kontrahenten nur durch Klage und das darauf ergehende Urteil möglich ist, im Wege der Einrede ist die Auflösung dagegen ausgeschlossen [266]). Der Gegner müßte in solchem Falle eine Widerklage erheben.

---

[260]) Planiol, Traité II, S. 444, Nr. 1323. Vgl. Stabel, Institutionen des französischen Zivilrechts, S. 385. — Hudelot-Metman, Des Obligations, S. 188, Nr. 312. — Giorgi, Teoria delle obbligazioni IV, S. 219, 231.

[261]) Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, S. 170. — Giorgi, Teoria delle obbligazioni, Bd. IV, S. 231.

[262]) Die näheren Voraussetzungen siehe bei Planiol II, S. 441. — Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, S. 174 ff.

[263]) Crome, Grundlehren, S. 176.

[264]) Seng, Grundzüge des französischen Zivilrechts und des badischen Landrechts, 1904, S. 37.

[265]) Crome, Grundlehren, S. 170.

[266]) Crome, Grundlehren des französischen Obligationenrechts, S. 170. — Seng, Grundzüge des französischen Zivilrechts und des badischen Landrechts, S. 37.

2. Das italienische Recht.

Der Codice civile del regno d'Italia trifft dem Code civil français analoge Bestimmungen, nicht ohne kleine Abweichungen in einzelnen Punkten.

Maßgebend ist in erster Linie der Art. 1108: „Il consenso non è valido[267]), se fu dato per errore (1109—1110), estorto con violenza (1111—1114) o carpito con dolo (1115)."

L'errore ... produce la nullità del contratto ...[268]), la violenza ... è causa di nullità[269]); desgleichen il dolo[270]).

Charakteristisch ist nun, daß eine dem Art. 1117 des Code civil entsprechende Bestimmung im italienischen Gesetzbuch fehlt. Das ist befremdlich: gerade der Art. 1117 ist von größter Tragweite für das Verständnis des ganzen Systems des französischen Rechts; er gibt erst korrekten und definitiven Aufschluß über den Sinn der vorausgegangenen Bestimmungen, über das Wesen der daselbst statuierten nullité, wenn er sagt, daß es sich da nicht um nullité de plein droit handle, sondern lediglich um eine nullité, die durch eine action en nullité ou en rescision geltend zu machen sei.

Diese Tatsache, daß der italienische Gesetzgeber den Art. 1117 des französischen Code nicht reproduzierte, hat in der Tat den Grund zu einer Kontroverse unter den italienischen Juristen gelegt. Pescatore[271]) leugnet, daß die „relative Nichtigkeit" des französischen Rechts im italienischen Rechte Eingang gefunden habe. Er geht folgenden Gedankengang[272]):

---

[267]) Code civil, Art. 1109: Il n'y a point de consentement valable ...

[268]) Art. 1109, 1110.

[269]) Art. 1111, 1114. Vgl. Code civil, Art. 1110 ff.: cause de nullité.

[270]) Art. 1115.

[271]) Filosofia e dottrine giuridiche, Kap. XXXII, S. 227; bei Barassi, Teoria della ratifica del contratto annullabile, S. 190.

[272]) Barassi, Teoria della ratifica del contratto annullabile, S. 190.

il codice italiano ha abbandonato il codice napoleonico che concepiva infatti un' invalidità relativa. . . . il nostro legislatore non ha voluto riprodurre dopo l'art. 1115 del codice patrio il noto l'art. 1117 del codice napoleonico. Perciò è a ritenersi che il nostro legislatore descrive solo le condizioni di fatto, date le quali, il giudice non ha che dichiarare l'inesistenza del negozio giuridico.

Mit dieser Ansicht steht jedoch Pescatore allein — die herrschende Meinung ist gegen ihn, und dies mit vollem Recht. Der italienische Codice folgt genau derselben Auffassung wie der französische Code, darüber kann nach der Formulierung des Art. 1300 Codice civile gar kein Zweifel sein: le azione di nullità o di rescissione di un contratto durano per cinque anni in tutti i casi, nei quali non siano state ristrette a minor tempo da una legge particolare.

Questo tempo non comincia a decorrere nel caso di violenza, se non dal giorno in cui è cessata; nel caso di errore o di dolo, dal giorno in cui furono scoperti; etc.

Diese Bestimmungen entsprechen genau (bis auf die Verjährungszeit) der französischen Formulierung (Art. 1304 Code civil). So setzt der Art. 1300 des italienischen Gesetzbuchs eine dem Art. 1117 Code civil analoge Bestimmung geradezu notwendig voraus und auch Pescatore kann schließlich nicht umhin, die Notwendigkeit einer Klage anzuerkennen, die eben eine azione di nullità ist und sein muß. Nur gibt er dem Urteil dann Feststellungscharakter — worüber auch nach französischem Recht sich streiten läßt und gestritten wird[273]).

---

[273]) Vgl. die Einwände bei Barassi, Teoria della ratifica, S. 191: Si può rispondere che l'art. 1117, come si rivela dai lavori preparatorii, fu tolto via perchè superfluo, dal momento che l'art. 1300 accenna già ai casi cui va applicata l'azione di nullità e cioè: incapacità, dolo, violenza, errore. Si potrebbe ancora obiettare che, dato il contenuto di questo articolo, se si nega l'annullabilità, la natura dell' azione di nullità diventerebbe assai oscura, difficile a spiegarsi, è forse un apposita azione per casi de inesistenza? E l'art. 1976 come si spiega? E l'istituto

Aber das muß festgestellt werden, daß das Verfahren des italienischen Gesetzgebers inkorrekt ist, daß der Code civil viel sorgfältiger und systematischer verfährt. Immerhin: das Verfahren des italienischen Gesetzgebers ist auch wieder verständlich. Wenn man die romanische Grundauffassung von der Notwendigkeit einer staatlichen Vernichtung vor Augen hat, dann erscheint leicht eine Bestimmung wie die des Art. 1117 Code civil als selbstverständlich und darum überflüssig[274] [275]. Aber — comprendre, ce n'est pas toujours pardonner!

Es gilt also französisches Recht nach der italienischen Kodifikation — und jene Unterlassungssünde ist nur ein formales Versehen äußerer Systematik. Das ist, wie erwähnt, auch die herrschende Meinung der italienischen Jurisprudenz[276].

---

della ratifica (art. 1309) come si giustifica? . . . S. auch Chironi e Abello, Trattato del diritto civile italiano I, S. 479: Conseguenza dell' errore è . . . l'annullabilità, non l'inesistenza del negozio; S. 484: Il dolo „. . . produce l'annullabilità del negozio. Non produce l'inesistenza per via della dichiarazione . . ."

[274]) Insofern ist die besprochene Materie lehrreich für kodifikatorische Methoden: gar leicht erscheinen „Grundsätze" als selbstverständlich, kommen darum nicht in die Gesetze und rutschen unbemerkt in die Materialien (Motive, Denkschriften u. s. w.).

[275]) Vgl. Giorgi, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, Bd. IV, S. 50/51. Identiche sono le norme sancite intorno a questa teorica, tanto dal Codice Napoleone, quanto dal Codice Italiano. Nè deve essere di ostacolo la soppressione, che il nostro legislatore ha fatto dell' articolo 1117 del codice francese, avvegnachè questa soppressione non si deve ad altro, fuorchè all' essere sembrata inutile una disposizione di quella fatta; mentre dagli articoli 1104, 1108—1115 e 1300 si rileva bastantemento chiaro il principio sanzionato dalla disposizione soppressa. Per altro, ci sia lecito dire liberamente il nostro pensiero, mentre noi conveniamo che l'identità dei principii fra i due Codici non rimane alterata, ci sembra che un articolo dichiarativo, come l'articolo 1117 del Codice Napoleone, non potesse tacciarsi di superfluo: perchè pone in luce maggiore lo spirito della legge, e rende impossibile il dubbio.

[276]) Vgl. Giorgi, Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno

Das von Irrtum[277]), Täuschung[278]), Drohung[279]) beeinflußte Geschäft (contratto, genereller: dichiarazione di voluntà) ist anfechtbar, annullabile[280]).

Die Anfechtung erfolgt im Wege der Klage[281]), und zwar heißt diese Klage in (diesmal wirklich überflüssiger) Anlehnung an den Code civil ebenfalls pleonastisch azione di nullità o di rescissione[282]). Die beiden Ausdrücke sind völlig identisch[283]) — nur gebraucht man in der Literatur mit Vorliebe azione di nullità für die Anfechtungsklage infolge von Willensmängeln, die azione di rescissione dagegen für sonstige[284]) Anfechtungsgründe[285]) — auch dies im Anschluß an die französischen Vorbilder.

---

italiano, Bd. VIII, S. 228 ff.; Bd. IV, S. 50 f. — Chironi e Abello, Trattato di diritto civile italiano, Bd. I, Parte generale, 1904, S. 460 ff. — Barassi, Teoria della ratifica del contratto annullabile, S. 124 ff., 190 ff.

[277]) Barassi, Teoria della ratifica, S. 125, 190. — Chironi e Abello, Trattato di diritto civile italiano I, Parte generale, S. 479, 463, 74.

[278]) Barassi, Teoria della ratifica, S. 126, 190. — Chironi e Abello, Trattato di diritto civile italiano I, S. 484.

[279]) Barassi, Teoria della ratifica, S. 126, 190. — Chironi e Abello, Trattato di diritto civile italiano I, S. 490.

[280]) Giorgi, Teoria delle obbligazioni, Bd. IV, S. 125.

[281]) Barassi, Teoria della ratifica, S. 192.

[282]) Ueberschrift der Sezione VII, vor Art. 1300.

[283]) Besonders energisch von Giorgi, Teoria delle obbligazioni, Bd. VIII, S. 239, betont. — Vgl. auch Chironi e Abello, Trattato di diritto civile italiano I, S. 498.

[284]) Für „lesione“: Chironi e Abello, Trattato di diritto civile italiano I, S. 498.

[285]) Giorgi, Teoria delle obbligazioni, Bd. VIII, S. 229 ff., Nr. 143 ff. — Chironi e Abello, Trattato di diritto civile italiano, Bd. I, S. 77. Nicht genau ist die Ausdrucksweise der letztgenannten Schriftsteller, wenn sie (a. a. O. S. 77, Anm. 1) sagen: Tra i termini rescissione ed annullabilità non v' ha differenza fondamentale. Es besteht überhaupt kein Unterschied im Begriff, nicht nur nicht ein grundsätzlicher, — und dann handelt es sich um die Frage des Unterschiedes nicht zwischen rescissione und annullabilità, sondern entweder zwischen rescissione und annullazione oder rescissibilità und annullabilità.

In der Verjährungszeit zeigt dagegen das italienische Recht eine bemerkenswerte Abweichung gegenüber dem französischen Rechte: die Frist von 10 Jahren, die der Code civil statuiert, ist im Codice civile, Art. 1300, auf 5 Jahre herabgesetzt [286]. Das darf als Verbesserung bezeichnet werden.

Eine weitere Abweichung gegenüber dem Code civil, in dem eine ähnliche Bestimmung fehlt, findet sich in Art. 1302 Codice civile, in welcher die Einrede der „Nullität“ oder „Auflösung“ festgesetzt ist: L'eccezione di nullità o di rescissione può essere opposta da chi è convenuto per l'esecuzione del contratto in tutti i casi, nei quali avrebbe potuto egli stesso agire per nullità o rescissione.

Quest' eccezione non è soggetta alla prescrizione stabilita nell' articolo 1300 [287].

Mit dem ersten Absatz dieses Artikels ist materiell keine Abweichung gegenüber dem französischen Recht, wie es in der Praxis gehandhabt und in der Wissenschaft gelehrt wird, gegeben. Mit dem zweiten Absatz dagegen steht es anders, insofern von vielen angenommen wird, daß nach Ablauf der Verjährungsfrist für die action en nullité ou en rescision eine exceptio nicht mehr statthaft sei [288]. —

Auch in der Regelung des Rücktritts bei zweiseitigen Verträgen folgt der italienische Codice der französischen Gesetzgebung. Der Art. 1165 ist im wesentlichen eine Wiedergabe des Art. 1184 des Code civil: La condizione risolutiva è sempre sottintesa nei contratti bilaterali, pel caso in cui una delle parti non soddisfaccia alla sua obbligazione.

In questo caso il contratto non è sciolto di diritto. La parte, verso cui non fu eseguita l'obbligazione, ha la scelta o

---

[286] Giorgi, Teoria delle obbligazioni, Bd. IV, S. 2.

[287] Vgl. dazu Chironi e Abello, Trattato di diritto civile italiano, Bd. I, S. 500. — Barassi, Teoria della ratifica del contratto annullabile, S. 192.

[288] Vgl. Chironi e Abello, Trattato di diritto civile italiano I, S. 501, und die dort, Anm. 2, Angeführten.

di costringere l'altra all' adempimento del contratto, quando sia possibile, o di domandare lo scioglimento, oltre il risarcimento dei danni in ambidue i casi [289]).

La risoluzione del contratto deve domandarsi giudizialmente, è può essere concessa al convenuto una dilazione secondo le circonstanze.

Etwas Besonderes dem französischen Rechte gegenüber gilt darnach für das allgemeine bürgerliche Recht Italiens nicht.

Für das Gebiet des Handelsrechts aber ist eine abweichende Regelung getroffen. In Betracht kommen Art. 67 und 42 des Codice di commercio.

Art. 67 bestimmt: Nella vendita commerciale di cosa mobile la condizione risolutiva ha luogo di diritto a favore della parte, che prima della scadenza del termine stabilito per l'adempimento del contratto abbia offerto all' altra parte, nei modi usati in commercio, la consegna della cosa venduta o il pagamento del prezzo, se questo non adempie la sua obbligazione.

In mancanza di tale offerta e di speziali stipulazioni, lo scioglimento del contratto è regolato secondo le disposizioni del codice civile intorno alla condizione risolutiva tacita (Codice civile 1165).

In ambidue i casi l'inadempiente è tenuto al risarcimento del danno.

Art. 42: Nelle obbligazioni commerciali il giudice non può accordare la dilazione permessa nell' articolo 1165 del codice civile.

Diese Artikel haben viel Zweifel hervorgerufen: ihr Verhältnis zu den allgemeinen Bestimmungen des Codice civile, sowie auch das Verhältnis der beiden Artikel zueinander ist

---

[289]) Damit ist in der gesetzlichen Formulierung eine kleine Abweichung vom Code civil, Art. 1184, gegeben. Aber sie enthält keine materiellrechtliche Aenderung, sondern nur eine deklaratorische Klarstellung. Vgl. dazu Giorgi, Teoria delle obbligazioni IV, S. 215, 236.

lebhaft diskutiert[290]). Eine Untersuchung dieser Frage des spezifisch italienischen Rechtes muß hier dahingestellt bleiben, wo lediglich auf diese Modifikation zu verweisen war.

3. Das spanische Recht.

Im ganzen ruht das spanische Recht auf denselben Prinzipien wie das französisch-italienische Recht — in Einzelheiten zeigt es jedoch Abweichungen.

Art. 1265: Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia[291]), intimidación[292]) ó dolo.

Die Voraussetzungen der Erheblichkeit des Irrtums behandelt Art. 1266; von Zwang und Drohung Art. 1267, 1268; von Betrug Art. 1269, 1270. Die Folge soll sein „nulidad" (Art. 1270); das Geschäft soll „nulo" sein (Art. 1265); der Willensfehler „invalidar" el consentimiento (Art. 1266) oder „anular" (Art. 1268)[293]).

Welche Bedeutung diesen Ausdrücken zukommt, ergibt sich aus Capitulo VI „de la nulidad de los contratos" und Art. 1300: Los contratos en que concurren los requisitos que expresa el art. 1261 pueden ser anulados, aunque no haya lesión para los contratantes, siempre que adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo á la ley.

Darnach können die Geschäfte (Verträge, contratos, consentimientos) „annulliert" werden — also sind sie noch nicht ohne weiteres null und nichtig, nul de plein droit, nullo di diritto pieno —, sie sind also anfechtbar.

In welcher Weise die Anfechtung erfolgt, darüber gibt

---

[290]) Giorgi, Teoria delle obbligazioni, Bd. IV, S. 221, 223 f. — Vivante, Trattato di diritto commerciale, 2. ediz., Bd. IV (1905), S. 183 ff., Nr. 1676 ff.

[291]) Dazu die Erläuterung Art. 1267, Abs. I.

[292]) Dazu die Erläuterung Art. 1267, Abs. II.

[293]) Vgl. dazu Bonilla y San Martín, Derecho mercantil español. Madrid 1904, S. 85 f.

das Gesetz keine direkte Anweisung, es fehlt also an einer dem Art. 1117 des Code Napoleon entsprechenden Bestimmung, wie im italienischen Gesetzbuch, so auch hier.

Aber es liegt materiell wie dort: es wird stillschweigend vorausgesetzt, daß lediglich im Wege der Klage solche Annullierung stattfinden könne — und so bestimmt denn der Art. 1301 einfach die Verjährungsfrist dieser Klage, welche noch gar nicht näher präzisiert wurde, welche gewissermaßen noch gar nicht legitimiert ist. Art. 1301, Abs. I: La acción de nulidad sólo durará cuatro años.

Und ähnlich wie im italienischen und französischen Rechte wird dann festgesetzt, wann die Frist zu laufen beginne:

Este tiempo empezará á correr:

En los casos de intimidación ó violencia, desde el día en que éstas hubiesen cesado;

En lós de error, ó dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [294]).

Gegenüber dem französischen und italienischen Rechte ist charakteristisch, daß die Klage einzig und allein „acción de nulidad" heißt [295]), der Name der acción de rescisión dagegen ist für die anderen Fälle reserviert, in denen eine Verletzung zu reparieren ist, nach Art. 1294: La acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado

---

[294]) Das ist ein bedeutender Unterschied gegenüber dem französischen und italienischen Rechte, nach denen die Frist nach Entdeckung des Irrtums oder Betrugs beginnt. Außerdem ist die Frist von 10 bezw. 5 Jahren auf 4 Jahre herabgesetzt.

[295]) Vgl. Oliver, Vocabulario Juridico-legal. Madrid 1903, S. 176. — Bonilla y San Martín, Derecho mercantil español. Madrid 1904, S. 90: La rescisión es la extinción del contrato ocasionada por incumplimiento de las obligaciones por una de la partes; supone, pues, que el contrato existe y es válido. La nulidad, por el contrario, da á entender que el contrato no existió nunca, por faltarle algún requisito esencial.

Das erinnert an die Lehre Pescatores; auch in der französischen Literatur sind ähnliche Meinungen geäußert worden. Jedenfalls handelt es sich praktisch immer um Anfechtbarkeit.

carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. In welchem Falle diese Klage statthaft ist, darüber bestimmt Art. 1291.

Die Verjährung ist gleich der Verjährung der acción de nulidad auf 4 Jahre festgesetzt. Art. 1299: La acción para pedir la rescisión dura cuatro años. —

Auch bezüglich des Rücktritts bei zweiseitigen Verträgen folgt das spanische Recht den beiden genannten romanischen Rechten [296]).

Art. 1124: La facultad de resolver las obligaciones, se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento ó la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abonos de intereses en ambos casos. Tambien podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, á no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Etc.

Auffallend ist, daß die acción de resolución eigentlich gar nicht festgesetzt wird. Sie wird vorausgesetzt, wie die azione di nullità o di rescissione vom italienischen Gesetzgeber vorausgesetzt wurde, und so wird die Bestimmung des Abs. 3 des Art. 1124 über sie getroffen. Ihr Charakter ist derselbe wie im französischen und italienischen Recht, so daß sich nähere Ausführungen hier erübrigen.

4. Das portugiesische Recht.

In mancher Beziehung weicht das portugiesische Recht von den übrigen romanischen Rechten ab und geht besondere Wege.

---

[296]) Vgl. Lehr, Éléments de droit civil espagnol. Paris 1890. II, S. 226.

Im Grundgedanken behandelt es die Willensfehler, Irrtum, Betrug, Zwang gleich dem französischen, italienischen und spanischen Recht.

Art. 656. O consentimento prestado por erro ou coacção produz a nullidade do contrato, nos termos seguintes.

Irrtum[297]) und Zwang[298]) machen darnach das Geschäft nichtig.

Die näheren Bestimmungen über Irrtum treffen die Art. 657 bis 665. Darunter wird auch der durch Betrug[299]) hervorgerufene Irrtum in Art. 663 geregelt. Art. 663, Abs. I bestimmt:

O erro, que procede do dolo ou de má fé de um dos contrahentes, ou de terceiro, que tenha interesse directo no contrato[300]) produz nullidade.

So ist also der Vertrag wegen Irrtum, Täuschung, Drohung (Art. 666) „nichtig" — o contrato é „nullo" (Art. 666); oder die genannten Willensfehler führen herbei „nullidade" (Art. 656, 660, 661, 663, 664).

Wegen der Willensmängel nun gibt es eine acção de rescisão[301]); sie ist das Mittel zur Geltendmachung der nullidade.

Charakteristisch ist, daß der Doppelname des französischen und italienischen Rechts, sowie die Teilung des spani-

---

[297]) Bruschy, Manual do direito civil portuguez II, S. 267.

[298]) Bruschy, Manual do direito civil portuguez II, S. 275 ff.

[299]) Bruschy, Manual do direito civil portuguez, Bd. II, S. 266, 272 ff.

[300]) Eine bemerkenswerte Besonderheit!

[301]) Siehe darüber Bruschy, Manual do direito civil portuguez, Bd. II, S. 345 ff. — Nach Bruschys Auffassung handelt es sich um die Auflösung eines Vertrages, S. 345: O contracto ainda depois de feito, e tendo já produzido alguns effeitos, póde ser rescendido, isto é, pode rasgar-se, e tornar-se juridicamente inefficaz. Portanto a primeira condição para a rescisão é que o contracto haja existido, e é por isso que entendemos dever tractar da rescisão depois do estudo dos contractos em vigor.

schen Rechts in zwei Klagen verschwunden ist: es gibt nur eine Klage und nur mit einem Namen[302]): acção de rescisão (por nullidade), von welcher das Cap. VIII mit der Ueberschrift: da rescisão dos contratos handelt. Sie wird gegeben wegen Incapacidade dos contrahentes (Art. 687) mit einer Verjährung von 5 Jahren[303]), außerdem aber auch wegen Willensmängel, hier aber mit einer Verjährung von einem Jahr[304]).

Art. 689. A acção de rescisão por causa de erro[305]) prescreve pelo prazo de um anno, contado desde o dia em que o enganado teve conhecimento do erro[306]).

Art. 690. A acção de rescisão por causa de coacção prescreve, se o coagido a não propoz dentro de um anno, contado desde o dia em que a coacção haja cessado.

Daß die acção de rescisão das Mittel der Anfechtung wegen Irrtum (Täuschung) und Drohung ist, wird nun nirgends ausdrücklich gesagt; es wird — wie im spanischen Recht — vorausgesetzt. Es ist, als ob das wenigstens gewissermaßen ein angeborener, selbstverständlicher Grundzug des romanischen Rechts wäre, daß die Nullität nur im Wege der Klage (und Einrede), nur im Prozeß geltend gemacht werden könne.

---

[302]) Die spanische Regelung ist die beste in formeller Hinsicht, sonst aber verdient die portugiesische Behandlung den Vorzug, da sie materiell differenziert. Im einzelnen wäre aber auch da de lege ferenda zu bessern. Die französische Gesetzgebung mit ihrer viel zu langen und für alle Fälle gleich langen Verjährungsfrist ist am wenigsten beifallswürdig. Hier haben auch alle jüngeren Kodifikationen geändert und gebessert.

[303]) Franz. 10 Jahre, ital. 5 Jahre, span. 4 Jahre.

[304]) Gegenüber den anderen romanischen Rechten eine sehr auffallende Besonderheit, die stark an die germanischen Rechte, insbesondere das schweizerische Obligationenrecht, erinnert.

[305]) Und wegen Täuschung, vgl. oben Art. 663.

[306]) Zeitpunkt gleich dem französischen und italienischen Rechte im Gegensatz zum spanischen.

Es kann — und muß also geklagt werden auf Nichtigerklärung, auf Vernichtung, auf Auflösung (rescisão) „wegen Nichtigkeit". So aber kann nur geklagt werden von denen, die wir mit deutschem Ausdruck die Anfechtungsberechtigten nennen würden: die „Nichtigkeit" ist also nur eine relative, wenn man den Ausdruck „Nichtigkeit" [307]) für den entsprechenden „nullidade" gebrauchen will.

Art. 695. Nenhum contrahente póde soccorrer-se á nullidade, resultante de incapacidade do outro contrahente, nem allegar erro ou coacção para que haja contribuido.

So kann geklagt werden wegen Irrtum, Täuschung, Drohung binnen Jahresfrist — es kann auch eine Einrede der Klage aus dem „nichtigen" Geschäft entgegengesetzt werden, und zwar ist die Einrede eine dauernde:

Art. 693. A nullidade do contrato póde ser opposta por via de excepção, a todo o tempo em que o cumprimento do contrato nullo fôr pedido [308]).

Das erinnert an Art. 1302 des Codice civile italiano. —

Bezüglich des Rücktrittsrechts geht das portugiesische Gesetz auch eigene Wege gegenüber den anderen romanischen Rechten.

Maßgebend ist Artigo 709: Se o contracto fôr bilateral, e algum dos contrahentes deixar de cumprir por sua parte, poderá o outro contrahente ter-se egualmente por desobrigado, ou exigir, que o remisso sejo compellido judicialmente a cumprir aquillo a que se obrigou, ou indemnisal-o de perdas e damnos.

Die französischen Uebersetzer Laneyrie und Dubois [309]) geben diesen Artikel folgendermaßen wieder: Lorsque le contrat est synallagmatique et que l'un des contractants ne remplit pas son engagement, l'autre aura le choix, ou de s'abstenir de remplir le sien, ou de faire contraindre son co-contractant

---

[307]) Vgl. zu „nullité" die Ausführungen über französisches Recht.

[308]) Beim „Irrtum" sehr bedenklich!

[309]) Code civil portugais, Paris 1896.

par justice à l'exécution du contrat ou au payement des dommages-intérêts.

Die spanische Uebersetzung von Aguilera y Velasco[310]) lautet: Si el contrato fuese bilateral y alguno de los contrayentes dejase de cumplirlo por su parte, podrá el otro considerarse desobligado ó exigir que el moroso sea judicialmente compelido á cumplir aquello á que se obligó ó á indemnizar pérdidas y daños.

Nach der französischen Uebersetzung könnte man an exceptio non adimpleti contractus denken, wenn man es auch nicht vielleicht muß — und wenn nicht die Uebersetzer selbst auf Art. 1184 Code Napoleon, und Art. 1165 Codice civile italiano (nicht auch auf den entsprechenden spanischen Artikel) hingewiesen hätten.

Nach dem Originaltext und nach der spanischen Uebersetzung kann man an Auflösung (Rücktritt) vom Vertragsverhältnis denken, wobei nur das egualmente des portugiesischen Textes, das in der spanischen Uebersetzung fehlt, stutzig machen könnte. So kann sich also der eine Teil bei Nichterfüllung seitens des anderen — für nicht verpflichtet, für entbunden halten — poderá ter-se por desobrigado, podrá considerarse desobligado.

Ohne Urteil — so scheint es nach dem Gesetzestext. In welcher Weise sich die Verhältnisse gestalten, wie sich dieses „desobligar" vollziehen soll, ob eine Erklärung erforderlich ist, ob eine Frist eingehalten werden muß, darüber enthält das Gesetz keine Bestimmung[311]). Jedenfalls scheint eine Auflösungsklage nicht erforderlich zu sein — — das wäre

---

[310]) Código civil portuguéz (Coleccion de códigos europeos), Madrid 1879.

[311]) Bruschy, Manual do direito civil portuguez II, S. 303, gibt keine Aufklärung. Er meint im Anschluß an Coelho da Rocha: Esta doctrina é mui embaraçada, e difficil de reduzir a principios precisos e claros. Das stimmt schon — aber vielleicht hätte doch ein Versuch in einem „Manual" gewagt werden sollen!

eine außerordentlich bedeutsame Durchbrechung der sonst die romanischen Rechte beherrschenden Grundsätze.

5. Das holländische Recht.

Das Burgerlijk Wetboek folgt dem Code civil.

Art. 1357. Geene toestemming is van waarde [312]), indien dezelve door dwaling [313]) is gegeven, door geweld [314]) afgeperst, of door bedrog [315]) verkregen.

Die Zustimmung ist infolge von Irrtum, Zwang, Betrug ohne „Wert" (Art. 1357); die overeenkomst ist „nietig" (Art. 1358, 1361), die Willensfehler sind Ursachen ihrer „nietigheid" (Art. 1358, 1359). Aber dies ist keine „volstrekte nietigheid" [316]), sie ist „Vernichtbarkeit" — ganz wie im französischen Recht.

Die Vernichtung erfolgt auch wie dort durch eine Klage, von der im Buch III, Tit. IV, Abt. 8 „van de nietigheid en van de vernietiging der verbindtenissen" gehandelt wird. Entsprechend dem Art. 1117 [317]) Code civil bestimmt Art. 1485 Burg. Wetboek: Verbindtenissen, door geweld, dwaling of bedrog aangegaan, leveren eene regtsvordering op tot derzelver vernietiging.

Die Klage verjährt aber, wie nach italienischem Recht, im Gegensatz zum Code Napoleon, in 5 Jahren nach Art. 1490. —

In der Auffassung und Regelung [318]) des Rücktritts bei zweiseitigen Verträgen folgt das holländische Recht gleichfalls

---

[312]) Vgl. Code civil, Art. 1109: Il n'y a point consentement valable...

[313]) Art. 1358 Burg. Wetboek.

[314]) Art. 1359—1363 Burg. Wetboek.

[315]) Art. 1364 Burg. Wetboek.

[316]) Opzoomer, Het Burgerlijke Wetboek, Bd. VI, S. 85.

[317]) Der aber besser und präziser gefaßt ist.

[318]) Ganz nicht — in Einzelheiten zeigen die Art. 1302, 1303 des holländischen Gesetzbuchs Abweichungen. Aber der Grundcharakter wird davon nicht berührt.

dem Code civil: es unterstellt eine stillschweigende auflösende Bedingung und verlangt eine Klage auf richterliche Auflösung.

Art. 1302[319]). De ontbindende voorwaarde wordt altijd voorondersteld in wederkeerige overeenkomsten plaats te grijpen, in geval eene der partijen aan hare verpligting niet voldoet.

In dat geval, is de overeenkomst niet van regtswege ontbonden, maar moet de ontbinding in regten gevraagd werden.

V.

Die slavischen Rechte.

Außer dem im Gutachten behandelten russischen Rechte kommen hier in Betracht die Gesetzgebungen von Serbien, Bulgarien und Montenegro.

1. Das serbische Recht.

Das serbische bürgerliche Gesetzbuch, Грађански законик за Краљевину Србију, folgt im allgemeinen dem österreichischen bürgerlichen Gesetzbuch[320]).

In Betracht kommen zwei Paragraphen. § 537: При уговору страшеЊе, лаж, превара и обмана употребљена никоме не помаже, но шта више одмаже. Такав уговор не само не стоји, но и накнада оштећеном тим начином припада.

Bei Drohung, Lüge, Täuschung und Betrug soll der Vertrag nicht gelten und der Schädiger Ersatz leisten.

Ueber Irrtum enthält das Gesetz keine Bestimmung[321]),

---

[319]) Vgl. Opzoomer, Het Burgerlijke Wetboek, Bd. V, S. 176 ff.

[320]) Ђорђевић, Систем приватног (грађанског) права краљевине Србије, Bd. I, Teil 1, Беог. 1893, S. 39 ff. Vgl. Shek, Allgemeines Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstentum Montenegro, S. XXVIII.

[321]) Ђорђевић, Систем приватног (грађанског) права краљевине Србије, Bd. I, Teil 2, Беог. 1896, S. 84.

hier ist also allgemeinen Erwägungen Raum gelassen. Welche Bedeutung aber der Gesetzesvorschrift über die anderen Willensmängel zukomme, kann zweifelhaft erscheinen. Gjorgjewić nimmt relative Nichtigkeit an, also Anfechtbarkeit. Und zwar wäre das Mittel der Anfechtung eine Klage auf Vernichtung, die zwar direkt nicht im Gesetze verordnet ist, aber aus den Verjährungsvorschriften des Art. 937 sich ergibt, indem eine 3jährige Verjährung für die Klage auf Vernichtung eines Geschäftes wegen Willensmängel festgesetzt ist[322]). Außerdem verstattet der § 915 restitutio in integrum[323]). Eine Exceptio mindestens die Verjährungszeit hindurch wird wohl angenommen werden dürfen.

Weicht bei den Willensmängeln das serbische Recht vom österreichischen ab, so folgt es dagegen genau bei dem Rücktritt vom zweiseitigen Vertrag. Dem § 919 des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs entspricht der § 553 des serbischen Грађански законик: Ако једна страна заклучени уговор истина испуни, али не сасвим онако, као што уговор гласи, или не у одређено време, или не на свом месту, и уреченим начином; онда друга страна нема права зато одустати од уговора, него има право захтевати, да се тачно уловор испуни, и за оштећење накнада учини.

Darnach hat der eine Teil bei Nichterfüllung oder nichtgehöriger Erfüllung von seiten des anderen Teiles nicht das Recht vom Vertrage zurückzutreten, sondern er kann lediglich Erfüllung des Vertrages und für den Schaden Ersatz verlangen.

2. Das bulgarische Recht.

Maßgebend ist das Gesetz über die Schuldverhältnisse und Verträge, Законъ за задълженията и договоритѣ, vom 3. Dez. 1892;

---

[322]) Ђорђевић, Систем I, 2, S. 89, 92.

[323]) Ђорђевић, Систем I, 2, S. 89.

das vollständig nach dem Muster der romanischen Rechte, des Code civil und besonders des Codice civile, gearbeitet ist.

Art. 13. Съгласието е недѣйствително, ако то е дадено по погрѣшка, изтръгнато чрѣзъ насилие или получено съ измама.

Diese Bestimmung entspricht genau dem Art. 1109 des Code civil: danach machen Irrtum (погрѣшка), Drohung (насилие), Täuschung (измама) das Geschäft „unwirksam", недѣйствително, sie ziehen nach sich die „Unwirksamkeit", недѣйствителность (Art. 14, 15, 16, 18, 20). Die Voraussetzungen des Irrtums behandeln die Art. 14, 15, des Zwanges Art. 16—19, des Betrugs Art. 20.

Welche Bedeutung dieser „Unwirksamkeit" zukommt, wird nicht direkt bestimmt, aber es kann nach der ganzen Anlage des Gesetzes kein Zweifel sein, daß einfach das System des Code civil übernommen ist. Daß der Art. 1117 des Code civil fehlt, wie im italienischen und spanischen Gesetz, ist zwar verfehlt und bedauerlich — aber weiter nicht schädlich. So ist es einfach notwendigerweise, wenn nicht das ganze System haltlos und die Sprechweise sinnlos werden soll, zu supponieren.

Also: die Unwirksamkeit, недѣйствителность, des bulgarischen Rechts ist Anfechtbarkeit des deutschen, nullité des französischen Rechts.

Das Anfechtungsmittel ist eine Klage auf „Vernichtung", искъ за унищожение, von der die Art. 205 ff. handeln, und die lediglich diesen Namen entsprechend der action en nullité führt, während eine Parallele zu dem Ausdruck „action en rescision" fehlt, so wie das holländische B.Wetboek nur von „vernietiging" spricht.

Diese Klage verjährt — eine Verbesserung gegenüber dem französischen und auch italienischen Rechte — in 3 Jahren, wobei der Anfang wie nach französischem Rechte gerechnet wird.

Art. 205. Исковетѣ за унищожение на единъ договоръ могѫтъ да се заявяватъ въ течение на три години, когато този срокъ не е намаленъ отъ единъ специаленъ законъ.

Този срокъ започва да тече, въ случай на насилие, отъ деньтъ, въ който насилието е прѣстанало; въ случай на погрѣшка или измама, отъ деньтъ, въ който тѣ сѫ открити . . .

Parallel geht eine Einrede, die dauernden Charakter trägt und stets einer Klage entgegengestellt werden kann, wie das auch schon Art. 1302 des Codice civile italiano bestimmte.

Art. 207. Унищожението може да бѫде противопоставено отъ отвѣтника по испълнението на договора въ всичкитѣ случаи въ които самъ той би могѫлъ да иска унищожението.

Това възражение не подлѣжи на установената въ чл. 205, давность. —

Wie das bulgarische genau dem romanischen Rechte bei den Willensmängeln und der Klage auf Vernichtung folgte, so auch beim Rücktritt von zweiseitigen Verträgen. Der Art. 70 entspricht genau dem Art. 1184 des Code civil bezw. 1165 des Codice civile italiano.

Art. 70. Прѣкратителното условие всѣкога се подрасумѣва въ двустраннитѣ договори, въ случай, че една отъ странитѣ не испълни своето садължение.

Въ този случай договорътъ не се уничтожава по право. Страната, срѣщу която задължението не е испълнено, може или да принуди другата страна да испълни договора, ако това е възможно. или да иска неговото уничтожавание[324]), както и заплащанието на врѣдитѣ и въ двата случая[325]).

Уничтожаванието на договора трѣбва да се иска по сѫдебенъ редъ и на отвѣтника може да се даде единъ срокъ за испълнение споредъ обстоятелствата.

---

[324]) Hier spricht das Gesetz von уничтожавание; bei der Klage auf Vernichtung wegen Willensmängel in Art. 205 ff. von унищожение — das ist eine andere grammatikalische Form, doch besteht kein Unterschied. In beiden Fällen also spricht das Gesetz gleichmäßig von „Vernichtung“ — dies in formellem Gegensatz zu der action en nullité ou en rescision einerseits und der action de résolution des Art. 1184 andererseits [vgl. Cod. civile italiano: azione di nullità o di rescissione (Art. 1300); risoluzione (Art. 1165)].

[325]) Vgl. Codice civile italiano, Art. 1165.

3. Das montenegrinische Recht.

Gegenüber dem serbischen bürgerlichen Gesetzbuch und dem bulgarischen Gesetz über Schuldverhältnisse und Verträge, welche fremde Rechte kopierten, trägt das montenegrinische Gesetzbuch von 1888, Општи имовински законик за књажевину Црну Гору, Ново званично издање 1898, einen selbständigen Charakter. Sein Verfasser, Bogišić, war bemüht, das Gesetzbuch aus den Gewohnheiten des Volkes herauszuschaffen und für volkstümliches Verständnis abzufassen. Daraus ergaben sich manche Besonderheiten. Nicht nur daß der Inhalt selbständig, in vielen Beziehungen könnte man sagen bodenständig ist, — auch Form und Anordnung des Gesetzbuches sind davon betroffen worden, das Gesetzbuch verfolgt auch pädagogische Ziele [326]). Es sucht anschaulich zu sein und steigt vom Besonderen zum Allgemeinen auf. Das hat gewiß seine Vorzüge — und war vielleicht im gegebenen Falle gerechtfertigt, es ist aber auch nicht ohne Nachteil, insofern zusammengehörende Materien zersplittert werden. Das gilt zum Teil für die hier zu behandelnden Fragen.

Den Ausgangspunkt des Gesetzes bildet die „Erklärungstheorie“ — mit vollem Rechte. Und zwar ist es geradezu die Theorie als solche, welche in dem Gesetze eine Stelle gefunden hat, im sechsten (letzten) Teil mit der Ueberschrift: Erläuterungen, Begriffsbestimmungen, Ergänzungen, објашњења, одређења, допуне. Art. 906 bestimmt: Пословица је: кам из рукâ, ријеч из устâ. И доиста, управ је темељ свакоме људскоме саобраћају и друштвеном живљењу правило да се људи ријечју везују. — По томе, дакле, што двојица уговором завежу, не може један од њих својевољно раздријешити.

Es gibt ein Sprichwort: Das Wort aus dem Mund gleicht

---

[326]) Vgl. dazu Dickel, Ueber das neue bürgerliche Gesetzbuch für Montenegro. Marburg 1889. — Shek, Allgemeines Gesetzbuch über Vermögen für das Fürstentum Montenegro. Berlin 1893. Einleitung, S. I ff. Insbesondere S. XXXI, XLVIII.

dem Stein aus der Hand. Und in der Tat, Grundsatz für jeden menschlichen Verkehr und gesellschaftliches Leben ist die Regel, daß die Menschen durch ihr Wort sich binden.

Darnach kann folglich, was zwei im Vertrag binden, einer von ihnen eigenmächtig nicht lösen.

Es gilt also das gesprochene Wort, ein Mann ein Wort — das Bild im Eingang des Artikels ist treffend: Кам из рукâ, ријеч из устâ.

Aber darum ist noch nicht jedes einseitig gesprochene Wort bindend (wenn es auch möglich ist, vgl. Art. 496 über den Vertragsantrag und Art. 586 über Auslobung), dies ist erst der Vertrag: darauf zielt denn auch der Ausspruch ab, wie der folgende Satz als Folgerung zeigt.

Und daß es eben der Vertrag eigentlich ist, der bindet, geht auch aus Art. 1020 hervor: Разговор је расговор, а уговор странама закон.

Gespräch ist Gespräch, aber der Vertrag ist den Parteien Gesetz[327]).

So soll also nach Art. 906 das Wort maßgebend sein: Кам из рукâ, ријеч из истâ.

Aber Art. 907 bestimmt:

Уједињена, слободна и истинита воља свијех уговорника, прави је и главни темељ свакога уговора. Гдје тога нема, нема у опште ни законита уговора.

Der vereinigte, freie und wahre Wille aller Vertragsparteien ist die wahre und hauptsächliche Grundlage jedes Vertrages. Wo solche nicht vorhanden ist, ist überhaupt kein gesetzmäßiger Vertrag vorhanden.

Hart stoßen sich im Raum die Dinge — und diese beiden Artikel 906 und 907. Das Wort gilt — —, wenn es dem

---

[327]) Vgl. Code civil, Art. 1134, Abs. I: Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. — Codice civile italiano, Art. 1123, Abs. I: I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti.

Willen gemäß ist! Sonst nicht; es ist überhaupt kein gesetzmäßiger (gesetzlicher, rechtskräftiger) Vertrag vorhanden, sagt das Gesetz.

Es wird da geradezu die Existenz eines Vertrages, nicht nur die Wirksamkeit geleugnet: das ist der schärfste Ausdruck für „Nichtigkeit“, für die schärfste Nichtigkeit. To be or not to be!

Der Abgrund, der zwischen Erklärungstheorie und Willenstheorie klafft, — hier ist er einfach übersprungen. Im Art. 906 Erklärungstheorie und im Art. 907 Statuierung der Willenstheorie — das ist eine Versöhnung oder aber auch eine Verhöhnung beider Theorien.

Gewiß, beide führen bis in die letzten Konsequenzen durchgesetzt zu unhaltbaren Ergebnissen — und praktisch muß man einen Mittelweg gehen. Aber man muß doch auch einen Ausgangspunkt, ein Prinzip haben! Ob Bogišić mit dem harten Nebeneinanderstellen der beiden Extreme im Gesetzestext gerade Beifall verdient, ist mir zweifelhaft. Ich meine, daß naive Gemüter und Geister dadurch doch leicht in Bedrängnisse geraten können. Und nichtnaive nicht weniger!

Welches Prinzip gilt nun im Gesetz, welchen Ausgangspunkt wählte Bogišić, oder welchen Ausgangspunkt muß man nehmen, um dem Gesetz gerecht zu werden?

Nach Art. 908 und 912 könnte man annehmen, daß die Willenstheorie gelten solle.

Art. 908. Ништа није тако противно и убитачно вољи, као што је насиље и озбиљно плашење. По томе, уговор на који је неко насиљем или озбиљним плашењем нагнан да пристане, нема никакве снаге ни вриједности.

Nichts ist so dem Willen feindlich und tödlich wie Gewalt und ernstliche Drohung[328]). Demnach hat der Vertrag, zu welchem jemand durch Gewalt oder ernstliche Drohung gezwungen worden ist, keinerlei Kraft und Wert.

---

[328]) Vgl. Código civil español, Art. 1265, 1267, 1268.

Ueber Gewalt und Drohung handelt Art. 909 — hier interessiert nur die Wirkung, die der Art. 908 statuiert: Уговор нема никакве снаге ни вриједности[329]).

Art. 912. Кад се ко превари о потреби или о узроцима који га доведоше да уговара, или о користи коју отуда може имати, то уговора ни мало не слаби ако такој заблуди није крива друга страна каквим својим злим лукавством.

Wenn sich jemand irrt über die Notwendigkeit oder die Ursachen, welche ihn zum Vertrage veranlaßten, oder über den Vorteil, den er davon haben kann, so wird der Vertrag damit nicht hinfällig, es sei denn, daß solcher Irrtum durch die andere Partei hinterlistig erregt worden ist.

Täuschung also macht den Vertrag „schwach", hinfällig. Der Vertrag hat dann keine „Kraft" und keinen „Wert" — wie Art. 908 sagt.

Demnach hätten wir folgende Terminologie: der Vertrag ist „nicht vorhanden", er hat nicht „Kraft noch Wert", er ist „schwach" (hinfällig).

Ist er „nichtig"? — „anfechtbar"?

Die Ausdrücke kommen vor im Gesetz; Art. 917 erklärt sie:

Уговор који је ради кога драго узрока сам из себи ништав, сматра се у опште као да никад није ни углављен био.

Напротив, кад је уговор само рушљив он задржава своју снагу, ако наЂ не удари ко је властан то учинити.

Darnach wird der aus irgend einem Grund nichtige Vertrag so angesehen, als ob er überhaupt nie geschlossen worden wäre.

Dagegen besteht der nur anfechtbare (zerstörbare)[330]) Vertrag, „er behält seine Kraft", wenn ihn nicht vernichtet, wer das zu tun befugt ist.

So fehlt es also nicht an der Möglichkeit einer Termino-

---

[329]) Vgl. zu вриједност Code civil Art. 1109: il n'y a point de consentement valable ...

[330]) РушЉив von рушити, zerstören.

logie im Serbischen, noch im Gesetzbuch, in Analogie zu der gewöhnlichen Sprechweise der anderen Sprachen. Ein Vertrag kann also auch serbisch „nichtig“ oder „anfechtbar“ sein. Was ништав und рушљив[331]) bedeutet, erläutert Art. 917 — den Ausdruck selbst aber sucht man vielfach vergebens, wo man ihn wenigstens nach Analogie der anderen Rechte zu suchen gewohnt ist und berechtigt wäre.

Das Gesetzbuch enthält nun Bestimmungen über Willensmängel nicht bloß an den angeführten Stellen (Art. 906 ff.), sondern auch im 4. Teil, о уговорима у опште etc., und zwar handeln die Art. 518—530, о недостацима у воли уговорника, von den Mängeln im Willen der Vertragsparteien[332]). Nach den allgemeinen Bestimmungen der Art. 906 ff. sind nun diese Art. 518 ff. zu untersuchen, um die Frage nach den Wirkungen der Willensmängel zu lösen.

Art. 518, Abs. I. Кад би ко му драго једну страну насиљем или озбиљним плашењем (908, 909) на уговор нагнао, таки уговор ту страну никако невезује.

Wenn jemand eine Partei durch Gewalt oder ernste Drohung (908, 909) zum Vertrage gezwungen hat, so bindet solcher Vertrag diese Partei nicht.

Art. 519, Abs. I. Ако је једна страна таком непоштеном пријеваром навела другу на уговор, да без тога ова не би ни

---

[331]) Рушљив ist der Vertrag eines Schuldners zur Schädigung der Gläubiger. Art. 916.

[332]) Das ist meines Erachtens ein Mangel des Gesetzbuches. Solche unnötigen und nur teilweisen Wiederholungen sind störend und keineswegs geeignet, die Allgemeinverständlichkeit zu erhöhen. Die Klarheit und Uebersichtlichkeit wird so nicht gefördert, wie Shek, S. XL, wohl meint. Es ist nicht nur der Nachteil, den auch Shek zugibt, vorhanden, daß man noch eine andere Stelle aufschlagen muß und daß die Materien zerrissen werden, das Verständnis wird sehr gefährdet. Und ist schon der Jurist im Zweifel, was soll dann der Laie? Oder soll nicht nur das Juristenrecht, sondern auch der Juristenverstand minderwertig sein?

уговорала, таки уговор не везује преварену страну, н'ако би га сама нарочито признала.

Wenn eine Partei durch solche unredliche Irreführung die andere zum Vertrage verführt hat, daß sie ohne dieselbe den Vertrag nicht geschlossen hätte, so bindet solcher Vertrag die betrogene Partei nicht, es sei denn, daß sie ihn ausdrücklich anerkannt hätte.

Art. 520. Ако је она страна коју, због насиља или озбиљна плашења или пријеваре, уговор не везује, имала од тога какве штете, она може од кривца потпуну накнаду те штете тражити.

Wenn jene Partei, welche wegen Zwanges oder ernster Drohung oder Betrugs der Vertrag nicht bindet, daraus irgendwelchen Schaden hatte, so kann sie von dem Schuldigen vollen Ersatz jenes Schadens verlangen.

Wegen Zwanges und Betruges also bindet der Vertrag nicht die gezwungene oder betrogene Partei — und wir hätten nunmehr die Terminologie:

Der Vertrag „bindet nicht" (Art. 518 ff.); er ist „nicht vorhanden", er hat „nicht Kraft noch Wert", er ist „schwach" (Art. 907 ff.).

Er bindet nicht die gezwungene oder betrogene Partei, sagen die Art. 518, 519, 520 — bindet er aber die andere? Und wenn, kann man dann sagen: er ist „nicht vorhanden", er hat „nicht Kraft noch Wert", etwa, er sei „nichtig" (Art. 917)? Das will, meine ich, das Gesetz in der Tat nicht bestimmen.

Doch, ehe ich der positiven Interpretation dieser gesetzlichen Ausdrücke näher trete, ist noch die Frage nach der Behandlung des Irrtums zu untersuchen.

Art. 521. Кад би ко тврдио да је, у заблуди, уговарање друкчије разумио него друга страна, те да по томе воље уговорилаца нијесу биле једине (907), то му се тврђење неће примити, н'ако би, према доказима које треба да сам изнесе, или према приликама, очевидно било да је тако.

Ипак, поред све те очевидности, заблуда неће слабити уговора

у опште, него само ако је била о Његовој суштини (911); уговор остаје тврд и онда кад је заблуда потекла од крајна немара онога уговорника који је пао у заблуду (912).

Она страна која ради заблуде не признаје снаге уговору, ако је заблуди сама крива, а друга страна о томе незнала, намириће тој другој сву штету коју отуда имала буде.

Wenn jemand behauptet, daß er in Irrtum die Vereinbarung anders verstand als die andere Partei, und daß deshalb die Willen der Vertragsparteien nicht einig gewesen seien (907), so wird seine Behauptung nicht angenommen werden, es sei denn, daß es durch Beweise, die er selbst vorbringen muß, oder durch die Umstände offensichtlich werde, daß es so ist.

Trotz aller dieser Offensichtlichkeit aber wird der Irrtum den Vertrag nicht entkräften, außer wenn er das Wesen desselben betraf (911); der Vertrag bleibt fest auch dann, wenn der Irrtum aus grober Fahrlässigkeit des Vertragsteiles entstand, der in Irrtum verfallen war (912).

Diejenige Partei, welche wegen Irrtums die Kraft des Vertrages nicht anerkennt, hat, wenn sie selbst an dem Irrtum schuld war und die andere Partei davon nichts wußte, dieser anderen allen Schaden zu ersetzen, den sie dadurch erlitten hat.

Darnach wird gegen Irrtum präsumiert, und insofern auf die Erklärungstheorie zurückgegangen — es versteht sich von selbst, aber das Betonen dieses Satzes im ersten Absatze dieses Artikels kann jedenfalls nichts schaden. Materiellrechtlich nun bestimmt der Artikel, daß entschuldbarer, wesentlicher Irrtum das Geschäft — den Vertrag, nicht abstrakt „die Willenserklärung" — entkräfte, bei Unentschuldbarkeit des Irrtums aber der Vertrag fest bleibe.

Entkräftet nun der Irrtum, oder gibt der Irrtum nur die Macht, die Befugnis, das Recht, zu entkräften?

Der dritte Absatz spricht davon, daß eine Partei die Kraft des Vertrages wegen Irrtums nicht anerkenne und

dann Schadenersatz leisten müsse. Also kann man die Kraft auch anerkennen, oder man kann das „Nichtanerkennen“ (besser wohl das Bestreiten oder ähnlich), unterlassen, dann braucht man keinen Schadenersatz zu leisten, denn — dann gilt eben der Vertrag, er ist fest, уговор остаје тврд, der Vertrag bleibt fest.

In diesem Zusammenhang muß ich nun über die sonst beobachteten Grenzen hinausgehen und auch sonstige Willensmängel außer Irrtum, Zwang, Betrug der Klarstellung halber betrachten. Charakteristisch ist der Art. 522:

Ако је уговорник у пијанству или другоме сличну стању био кад је уговарао, он може искати да се уговор поруши, ако докаже да у томе стању није могао појмити замашаја посла о коме је уговарао. Али, ако је томе стању своме сам крив био, друга страна може тражити да јој накнади штету, ако није знала о томе стању, нити је у томе какве њезине притруне било.

Wenn ein Vertragsteil in trunkenem oder einem anderen ähnlichen Zustande war, als er den Vertrag schloß, kann er verlangen, daß der Vertrag aufgehoben werde, wenn er beweist, daß er in jenem Zustande nicht die Tragweite des Geschäftes verstehen konnte, über welches er den Vertrag schloß. Aber wenn er an jenem Zustand selbst schuld war, so kann die andere Partei fordern, daß er ihr den Schaden ersetze, wenn sie von jenem Zustand nichts wußte und er ohne ihr Zutun entstanden war.

Darnach kann der Betrunkene oder in ähnlicher Verfassung — „im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit“ [333]) — Befindliche „verlangen, daß der Vertrag aufgehoben, zerstört[334]) werde“.

Hier wird nicht eine „Nichtigkeit“ [335]) oder „Kraft“losigkeit

---

[333]) B.G.B. für das Deutsche Reich, § 105.

[334]) Порушити. Vgl. Art. 917 Abs. II: уговор рушљив, das mit „anfechtbar“ nach der Gegenüberstellung gegen ништав (Abs. 1, Art. 917) und dessen Erläuterung zu übersetzen ist.

[335]) B.G.B. § 105.

bestimmt, es wird nicht davon gesprochen, daß der Vertrag „nicht vorhanden“ sei oder „nicht binde“ — der Betrunkene kann verlangen, daß der Vertrag aufgehoben oder zerstört werde. Von wem und wie ist der Vertrag aufzuheben? Oder: wie verlangt der Betrunkene die Aufhebung?

Hier greift der Art. 523 ein:

Свака жалба о томе да уговор не вриједи због насиља, плашења, пријеваре, заблуде, пијанства, или о накнади штете која отуда долази, треба да се суду најдаље за шест мјесеца пријави, јер доцније неће нипошто примљена бити.

То се вријеме, у случају плашења, насиља и пијанства, броји од онога дана ког су престала; за пријевару и заблуду пак, од дана ког је о томе дознала страна која се жали.

Jede Klage (Beschwerde) darüber, daß der Vertrag nicht gilt wegen Gewalt, Drohung, Täuschung, Irrtum, Trunkenheit, oder über den Ersatz des Schadens, der daraus entsteht, muß dem Gericht längstens binnen 6 Monaten angemeldet werden, da sie später auf keinen Fall angenommen wird.

Diese Zeit wird im Falle von Drohung, Gewalt und Trunkenheit von dem Tage ab gerechnet, da sie aufgehört haben; bei Täuschung und Irrtum dagegen von dem Tage, da die Partei, die sich beschwert, davon erfuhr.

Welche Bedeutung dieser Bestimmung zukommt, ist außerordentlich fraglich. Man kann da mancherlei annehmen.

Das Gesetz spricht von Жалба[336]. Das kann „Beschwerde“ heißen, es kann aber auch gleichbedeutend mit тужба, „Klage“, sein. So sagt Art. 585: Свака жалба о накнади штетâ . . . треба да се суду пријави најдаље за годину дана, од како оштећеник обазна о штети и о њену учиниоцу.

Jede Klage auf Ersatz von Schäden . . . muß dem Gerichte spätestens binnen einem Jahre seit dem Tage, an welchem

[336]) Shek übersetzt in Art. 523 mit „Beschwerde“, in Art. 585 mit Klage. Кусаковъ in Общій имущественный законникъ для княжества Черногорскаго (по второму изданію 1898), Спб. 1901, gibt жалба beidemale wieder mit „исковая жалоба“.

der Beschädigte den Schaden und dessen Täter kennen lernte, angemeldet werden.

Darnach wäre also im Art. 523 von einer „Klage“ die Rede. Und zwar einmal von einer Klage „darüber, daß der Vertrag wegen Gewalt, Drohung, Täuschung, Irrtum, Trunkenheit nicht gilt“, ferner von einer Klage auf Ersatz des Schadens.

Die Klage „daß der Vertrag nicht gilt“, да уговор не врпједи, ist in erster Linie zu betrachten.

Sie gilt gleichmäßig für alle Willensfehler: Irrtum, Täuschung, Drohung (Gewalt) und Trunkenheit. Sie muß binnen 6 Monaten von Freiheit, Bewußtsein oder Kenntnis ab „angemeldet“, angestellt werden, „denn später wird sie auf ‚keinen Fall‘ (нипошто) angenommen werden“.

Darnach wäre sie „befristet“, im Gegensatz zu der „Verjährung“ (застара), die auch nach dem Rechte von Crnagora nicht von Amts wegen zu berücksichtigen ist (Art. 635).

Binnen 6 Monaten muß die Klage eingereicht werden — muß sie überhaupt eingereicht werden, kann die „Ungültigkeit“, „Kraftlosigkeit“, „Nichtexistenz“, „Nichtverbindlichkeit“ des durch Willensmängel affizierten Vertrages nicht auf andere Weise geltend gemacht werden?

Darüber bestimmt das Gesetz nichts: es scheint, als ob das romanische System auch hier in Geltung stünde, trotz aller Selbständigkeit in vielen Hauptpunkten und in vielen Einzelheiten. So muß man wohl konsequenterweise annehmen, daß zur Geltendmachung erforderlich ist eine Klage auf Vernichtung, eine action en nullité ou en rescision.

Danach wäre also doch der Artikel 906, „кам из рукâ, риjеч из устâ“, die Grundlage; der Vertrag, die Erklärung als solche gilt — kann aber aus bestimmten Mängeln des Willens (Irrtum, Täuschung, Drohung [Gewalt], Trunkenheit, Bewußtlosigkeit) angefochten werden. Die Anfechtung erfolgt binnen 6 Monaten durch Klage.

Entsprechend der Klage wird man wohl eine Einrede gewähren — aber nur binnen 6 Monaten! Es gibt also keine

exceptio perpetua nach Analogie des Art. 1302 Codice civile italiano.

So kann man eine „Anfechtungsklage“ annehmen, mit Anfechtungsprozeß und Vernichtungsurteil konstitutiven Charakters.

Möglich wäre auch, eine Anfechtungserklärung gegenüber dem Gericht außerhalb eines Prozesses im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu sehen. Das wäre eine Parallele etwa zu der Bestimmung des § 1342 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs, wonach die Anfechtung einer Ehe nach Tod des zur Anfechtung nicht berechtigten Gatten durch Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht erfolgt. Oder eine andere Parallele: die Anmeldung des Zwanges seitens des Gezwungenen an das Gericht nach dem Gesetzbuch Christians V.[337]). Freilich soll die Bestimmung des dänischen Gesetzes nur formelle Beweisbedeutung unter den Parteien selbst haben, während die Vorschrift des Art. 523 des crnagorischen Gesetzbuches materielle Wirksamkeit beansprucht[338]).

Was ist nun anzunehmen: Anfechtungsklage oder außerprozessualische Anfechtungserklärung gegenüber dem Gericht als dem Organ freiwilliger Gerichtsbarkeit?

Eine Klage wird wohl das Angemessenere sein — nach dem ganzen Wortlaut und nach der Verbindung mit dem Anspruch auf Schadenersatz.

Der Art. 523 handelt zugleich von жалба о накнади штете која отуда долази. Diese жалба о накнади штете entspricht ganz der Formulierung des Art. 585, wo sicherlich von „Klage“ die Rede ist. So wird auch im Art. 523 von einer „Klage auf Schadenersatz“ gesprochen. Demnach ist für жалва о томе да уговор не вриједи . . . или о накнади штете, Klage darüber (darauf),

---

[337]) S. oben S. 63 f.

[338]) Eine Fristsetzung durch das Gericht kennt der Art. 548. Darnach wäre die Auffassung, daß es sich um eine Anfechtungserklärung gegenüber dem Gericht oder auch durch das Gericht gegenüber dem „anderen“ im Art. 523 handle, nicht gerade exorbitant.

daß der Vertrag nicht gilt, oder über (auf) Schadenersatz, die dem Art. 523 entsprechende Übersetzung.

Nun diese Schadenersatzklage!

Sie kann mit der Anfechtungsklage verbunden oder selbständig angestellt werden („или“, oder). Auch sie ist befristet, sie muß binnen 6 Monaten seit Kenntnis oder Freiheit oder Bewußtsein erhoben werden, widrigenfalls sie von Amts wegen abzuweisen ist (јер доцније неће нипошто примљена бити). Eine eigene Frage ist dabei, wie sich dazu die Verjährungsvorschriften verhalten, ob der Art. 585 anwendbar ist, nach dem ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Beschädigten der Schadenersatzanspruch aus Delikten in 10 Jahren seit Zufügung des Schadens verjährt. Dann käme man zu dem Resultate, daß z. B. wegen Täuschung noch nach 20 oder 30 Jahren seit der Täuschung eine Anfechtungsklage möglich wäre, wenn der Betrug erst so spät entdeckt würde, daß aber die Klage wegen Schadenersatzes nach Art. 585 auf Antrag (Art. 635) abzuweisen sei.

Ob die gewonnenen Resultate, ob insbesondere die „Anfechtungsklage“ der Absicht des „Gesetzgebers“ entsprechen? Dem „System“ und dem Sinn des „Gesetzes“ sind sie wohl angemessen.

Eine Kritik des Gesetzes in formeller und materieller Hinsicht will ich mir hier versagen. Es ist nur festzustellen, daß nach dem Gang der Untersuchung das Gesetzbuch für Montenegro mit der Anfechtungsklage wegen Willensmängel dem Vorbilde der romanischen Rechte, welche dem Verfasser auch vorgeschwebt haben mögen, tatsächlich gefolgt ist — freilich im übrigen mit ganz selbständigen Besonderheiten in wichtigen Punkten. —

Ich wende mich nun zu der Behandlung des Rücktritts bei zweiseitigen Verträgen. Davon handelt der 3. Abschnitt des 4. Teiles: О посљедицама неизвршења или неисправна извршења уговора, von den Folgen der Nichterfüllung oder nichtgehörigen Erfüllung des Vertrages Art. 540—549. Dazu kommen die

Art. 920—933 im 6. Teil, о вршењу уговора и о посљедицама неизвршења, von der Erfüllung der Verträge und von den Folgen der Nichterfüllung. Auf diese letzteren braucht kein Bedacht genommen zu werden, da sie zu der hier behandelten Frage nichts enthalten.

Art. 548. Кад у узајамним (920) уговорима, једна страна одвлачи извршење, друга јој може за то назначити путем суда приличан рок, с изјавом, ако до тога рока неизвршѝ, да ће друга страна отступити од уговора. У такоме случају, страна која одступа властна је искати да јој друга поврати све што је у име уговора примила, а и штету, која од тога буде, да јој накнади.

Одређење рока путем суда никако не треба у случајевима поменутим у чл. 545.

Wenn bei gegenseitigen Verträgen (920) eine Partei die Erfüllung verzögert, so kann die andere auf gerichtlichem Wege ihr eine angemessene Frist bestimmen mit der Erklärung, daß sie vom Vertrage zurücktreten werde, wenn jene binnen dieser Frist nicht erfülle. In solchem Falle ist die Partei, welche zurücktritt, befugt, zu verlangen, daß ihr die andere alles zurückerstatte, was sie aus dem Vertrage erhielt, und auch den Schaden, der ihr daraus entsteht, ersetze.

Die Bestimmung einer Frist auf gerichtlichem Wege ist in den im Art. 545 erwähnten Fällen nicht erforderlich.

Darnach ist ein Rücktritt bei zweiseitigen Verträgen im Gegensatz zum österreichischen und serbischen Rechte gegeben. Es bedarf aber normalerweise einer Fristsetzung, wie nach deutschem bürgerlichem Gesetzbuch, im Gegensatz zum schwedisch-finnländischen Rechte und zum skandinavischen Gesetze über Kauf und Tausch von 1905. Die Fristsetzung aber erfolgt nicht privatim, sondern auf gerichtlichem Wege, durch Vermittlung des Gerichts. Das Gericht versieht dabei Funktionen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, es ist Vermittlungsorgan, etwa wie bei vielen erbrechtlichen Erklärungen das Nachlaßgericht nach deutschem bürgerlichem Gesetzbuch, — ob es irgendwelche Einwirkung auf die Erklärung und die

Fristbestimmung hat, ob es etwa die „Angemessenheit“ der gesetzten Frist beurteilt[339]), ist aus dem Gesetz nicht zu ersehen, und andere Hilfsmittel zur Interpretation gibt es nicht.

Immerhin, wie dem auch sein möge, fest steht, daß das Gericht die Erklärung übermittelt, und daß es sich nicht um einen Prozeß auf „Auflösung“ handelt, daß nicht der Richter in einem „Urteil“ konstitutiv auflöst, sondern daß die Lösung durch die verletzte Partei selbst erfolgt; diese kann im Wege des Gerichts eine angemessene Frist setzen, wie das Gesetz sagt. So steht das crnagorische Gesetzbuch auch in einem bedeutsamen Gegensatz zu den romanischen Rechten (dem französischen, italienischen, spanischen Recht), ferner dem holländischen und bulgarischen Recht, da es nicht einen Auflösungsprozeß kennt, sondern der Partei das Selbstbestimmungsrecht einräumt. Der Weg über das Gericht ist dabei die crnagorische Eigentümlichkeit, ein Mittelweg zwischen den romanischen und den germanischen Rechten.

Ein Zweifel kann bei Art. 548 auftauchen: ob nach vergeblichem Ablauf der Frist der Vertrag gelöst ist oder ob es nunmehr noch einer besonderen Rücktrittserklärung bedarf. Nach dem Wortlaut des Gesetzes müßte man eigentlich letzteres annehmen, denn darnach kann der verletzte Teil eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, er werde vom Vertrage abstehen, zurücktreten (одступити, abtreten). Bedürfte es noch einer eigenen Rücktrittserklärung, so hätte demnach der Rücktrittsberechtigte die Wahl, nunmehr entweder Erfüllung zu verlangen oder zurückzutreten und Schadenersatz zu begehren[340]). Er hätte also immer noch die Wahl nach Ablauf der Frist, wie er sie vorher auch schon hatte, nur eben nach Ablauf der Frist doppelseitig unbefristet.

---

[339]) An sich denkbar wäre auch, daß das Gericht die Frist bestimmte auf Antrag der einen Partei — aber dieser Möglichkeit scheint mir der Wortlaut — друга јој може за то назначити путем суда прилпчан рок — doch zu sehr entgegenzustehen.

[340]) Vgl. § 326 B.G.B.

Die Frage, ob in der Fristsetzung die *Androhung* der Rücktrittserklärung liege, oder ob darin die *bedingte* (durch die Nichterfüllung binnen der gesetzten angemessenen [341]) Frist bedingte) *Erklärung* des Rücktritts enthalten sei, wird wohl im Sinne der zweiten Alternative trotz des Wortlautes „с изјавом, ако до тога рока неизврши, да ће друга страна отступити од уговора“ zu entscheiden sein. Es ist das das Natürlichere, und entspricht dem ganzen Zusammenhange nach dem Sinne des Gesetzes, wenn im zweiten Satz des ersten Absatzes bestimmt ist, daß in solchem Fall, d. h. doch wohl, wenn binnen der bestimmten Frist nicht erfüllt wird, die rücktrittsberechtigte Partei Rückerstattung des (etwa) Geleisteten *und* Schadenersatz fordern könne. Das sind die Folgen des Rücktritts. Treten sie ein mit dem erfolglosen Verstreichen der Frist, so ist damit der Rücktritt selbst eingetreten, darum kann der Rücktrittsberechtigte eben Rückerstattung und Schadenersatz fordern, und er kann, dürfen wir wohl hinzufügen, *nur* dieses fordern, nicht auch etwa Erfüllung, nachdem die Rücktrittserklärung wirksam geworden und der Vertrag infolgedessen aufgelöst worden ist.

Normalerweise bedarf es beim Rücktritt von zweiseitigen Verträgen der Fristbestimmung auf gerichtlichem Wege. Ausnahmsweise ist dies nach Art. 548, Abs. II nicht erforderlich; nämlich dann, wenn die im Art. 545 normierten Voraussetzungen vorliegen. Man könnte zweifeln, *was* nicht erforderlich sei: ob die Fristsetzung überhaupt überflüssig sei, oder ob es nur nicht des „gerichtlichen Weges“ bedürfe.

Art. 545: Кад, због одвлаке [342]) дужникове, извршење уговора постане очевидно излишно за дужитеља; или кад су стране углавиле, или се иначе показује намјера уговорника̂ да извршење треба да буде на одређени рок или за одређено вријеме, ни прије ни послије,

---

[341]) Wie wenn sie nicht „angemessen“ ist, tritt dann von Rechts wegen eine „angemessene“ Frist an die Stelle der gesetzten? Vgl. Deutsches Recht, wo die Praxis das angenommen hat.

[342]) Vgl. Art. 922: Одвлака или доцња бива кад дужник не изврши т. ј. не намири, у одређено вријеме, оно што је дужан.

гад дужитељ може одступити [343]) од уговора, тражити накнаду штете и повраћај свега што је другој страни у име уговора дао.

Wenn wegen des Verzuges des Schuldners die Erfüllung des Vertrages offenbar überflüssig für den Gläubiger wird, oder wenn die Parteien festgesetzt haben oder sonst die Absicht der Vertragschließenden erhellt, daß die Erfüllung des Vertrages stattfinden soll in bestimmter Frist oder auf bestimmte Zeit, nicht früher noch später, dann kann der Gläubiger vom Vertrag zurücktreten und Ersatz des Schadens, sowie Rückerstattung alles dessen fordern, was er der anderen Partei wegen des Vertrages gab.

Bei Zwecklosigkeit der Erfüllung kann also der Gläubiger zurücktreten, Rückerstattung seiner Leistungen und Schadenersatz fordern. Ein solches Rücktrittsrecht gestattet der Artikel auch beim Fixgeschäft. Der Gläubiger kann aber auch Erfüllung wählen, was er bei Zwecklosigkeit der Leistung kaum tun wird, was aber unter Umständen bei Fixgeschäften vorteilhaft sein kann [344]). So ist also das Geschäft nicht ohne weiteres gelöst, der Vertrag nicht kraft Gesetzes gesprengt, es besteht lediglich ein Rücktrittsrecht.

In welcher Weise dieses Rücktrittsrecht auszuüben ist, darüber sagt das Gesetz positiv nichts. Aus Art. 548, Abs. II, ergibt sich negativ jedenfalls, daß es nicht einer Erklärung durch Vermittlung des Gerichts bedarf — und so kann man mangels einer anderen Bestimmung feststellen, daß die Rücktrittserklärung eine einseitige autonome Festsetzung ist.

Verwandt mit dieser Bestimmung, daß der Gläubiger wegen Mangels des Erfüllungsinteresses zurücktreten dürfe, ist der Art. 542, der in seinem ersten Absatz folgendes anordnet:

Ако је дужник уговором везан да изврши неку радњу, или да

---

[343]) Im Art. 548 wird geschrieben: отступити.

[344]) Vgl. Art. 361 B.G.B. für das Deutsche Reich. Vgl. auch § 376 H.G.B.

даде какве сурвсте[345]) ствари, дужитељ може, у мјесто што би тражио накнаду за штету због неизвршења по уговору, да, на дужникове трошкове, наручи коме другоме извршење онога што је требало да дужник учини.

Wenn der Schuldner durch den Vertrag verpflichtet ist, eine Arbeit zu leisten oder vertretbare Sachen zu geben, so kann der Gläubiger, statt Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages zu fordern, einem anderen die Vollziehung dessen, was der Schuldner hätte tun sollen, auf Kosten des Schuldners auftragen.

Der Gläubiger kann also die Leistung durch einen anderen bewirken lassen; er kann auf diese Weise die Leistung durch den Schuldner selbst oder auf dessen Veranlassung oder von dessen Seite aus überflüssig machen — das ist die Anknüpfung an den Art. 545. Im übrigen will ich hier nicht näher auf diese Bestimmungen eingehen und insbesondere die Frage dahingestellt sein lassen, unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger solche Ersatzleistung[346]) sich verschaffen dürfe, ob etwa eine Androhung mit Fristsetzung erforderlich sei.

Jedenfalls steht fest — und darum handelt es sich an dieser Stelle —: der Rücktritt ist nach crnagorischem Recht bei zweiseitigen Verträgen zulässig und erfolgt in privatautonomer Weise durch die Partei ohne Prozeß, ohne konstitutive Ausweitungsbefugnisse des Richters und ohne konstitutives Auflösungsurteil.

Normalerweise erfolgt die Erklärung auf gerichtlichem Wege (путем суда), ausnahmsweise in völlig autonomer Weise rein privatim.

Dieses allgemeine Ergebnis für den Rücktritt überhaupt erfährt in etwas eine Modifikation durch die Art. 237, 238, 239, worin über die Wandlung und Minderung beim Kauf Bestimmungen getroffen werden. Nach Art. 237 kann der Käufer

---

[345]) Vgl. Art. 810. Сурвсте су ствари etc.

[346]) Art. 542, Abs. III: штете од тога замјеничког извршења ... — Vgl. auch Art. 810, Abs. I am Ende.

(купац) wegen Mängel der Kaufsache verlangen: или да се поруши уговор, или да му се врати од цијене онолико колико ради недостатака ствар мање ваља, entweder daß der Vertrag aufgehoben werde oder ihm vom Preis so viel nachgelassen werde, um wieviel weniger die Sache der Mängel wegen wert ist.

Der Käufer kann nicht „zurücktreten vom Vertrage", (одступити од уговора), er kann verlangen, daß der Vertrag aufgehoben werde (да се поруши уговор[347]).

Wie dieses порушити[348]) уговор, das Auflösen (Aufheben, Zerstören) des Vertrages erfolgt, sagt das Gesetz nicht unmittelbar.

Es kann aber aus Art. 238 erschlossen werden:

Ако купац ради недостатака продане му ствари, тражи да се уговор поруши, а нађе се да би то, према приликама, било очевидно претешко за продавца, суд може одредити да уговор остане тврд, а да се само цијена размјерно снизи.

Wenn der Käufer wegen der Mängel der ihm verkauften Sache verlangt, daß der Vertrag aufgehoben werde, und es sich findet, daß nach den Umständen das offenbar für den Verkäufer zu beschwerlich wäre, so kann das Gericht bestimmen, daß der Vertrag fest bleibe und daß nur der Kaufpreis verhältnismäßig gemindert werde.

Darnach löst das Gericht den Vertrag — das Gericht wandelt oder auch nicht, ex fide bona, ex aequo et bono, nach den Umständen! Es kann wandeln, es kann auch statt dessen, trotz des Klageantrages des Käufers, mindern. Das ist eine diskretionäre Gewalt, analog der des Gerichts nach Art. 1184 Code civil, Art. 1165 Codice civile italiano.

Damit ist die Gewalt des Gerichts, konstitutiv in die Rechtsverhältnisse einzugreifen, noch nicht zu Ende.

Art. 239. Кад је уговор порушен, купац враћа ствар (22—25), са свим приложјем, а продавац примљену цијену с већином. Суд

---

[347]) Vgl. dazu den famosen § 465 B.G.B. — nebst Literatur!

[348]) Vgl. рушљив, Art. 917 und oben S. 125.

може, према приликама, одлучити да се плодови или доходци са ствари и већинак на плаћену цијену једно за друго пребију.

Wenn der Vertrag aufgehoben ist, so hat der Käufer die Sache mit allem Zubehör zurückzugeben, der Verkäufer aber den empfangenen Kaufpreis mit Zinsen [349]).

Das Gericht kann gemäß den Umständen entscheiden, daß die Früchte oder Nutzungen der Sache und die Zinsen von dem gezahlten Kaufpreis gegenseitig aufgerechnet werden.

Nach alledem kann kein Zweifel sein, daß die Wandlung oder Minderung durch die actio redhibitoria oder quanti minoris nicht eigentlich, sondern durch das daraufhin ergehende Urteil erfolgt, daß demnach eigentlich von einer sententia redhibitoria oder quanti minoris nach crnagorischem Rechte zu sprechen wäre.

Und was die Terminologie betrifft, so ist bemerkenswert. daß das Urteil des Gerichts die Kraft hat, den Vertrag porušiti (порушити), das aber ist derselbe Stamm wie in rušljiv (рушљив) in Art. 917, wo zweifellos рушљив den Sinn von „anfechtbar“ im Gegensatz zu nichtig (ништав) hat. So kommt das Wandlungsrecht in Parallele nicht zum Rücktritt, sondern zur Anfechtung — der Etymologie nach und auch, was bedeutsamer ist, aber eben durch die sprachliche [350]) Verwandtschaft doch angedeutet wird —, dem Inhalt und der juristischen Struktur nach.

Anfechtung und Wandlung, oder anders ausgedrückt: die Umstoßung des Vertrages wegen Willensmängel und des Kaufvertrages wegen Sachmängel erfolgt durch Konstitutivakte des Gerichts.

---

[349]) Die gesetzlichen Zinsen sind 8 % (Art. 262, 534). Das Höchstmaß der erlaubten vertragsmäßigen Zinsen ist 10 %.

[350]) Ob das beabsichtigt war? — Es wurde viel Sorgfalt auf die Terminologie, aber wohl vor allem auf ihre „Volkstümlichkeit“ verwandt. Ein an sich berechtigtes Streben — aber bei aller „Volkstümlichkeit“ kann ein Gesetz wohl auch eine in sich selbst feste und präzise Terminologie haben!

Der Rücktritt dagegen erfolgt durch autonome Parteierklärungen, und zwar prinzipiell auf „gerichtlichem Wege“ (путем суда), in sehr wichtigen Ausnahmefällen aber rein privatim.

Eine gesetzgebungspolitische Betrachtung dieses Resultates stehe dahin — hier bleibt nur übrig, im Rahmen des Ganzen festzustellen, daß die jüngste Kodifikation für ein slavisches Volk im Gegensatz zu den anderen Kodifikationen (im Gegensatz zu dem russischen, serbischen, bulgarischen Rechte) selbständigen Charakter trägt und sich nicht einfach in die Reihen der romanischen oder der germanischen Rechte einreihen läßt.

Bei allem, was man bei näherer Untersuchung an Zweifelhaftem und an Schwierigkeiten darin auch entdecken mag, wie das von Menschenwerken unzertrennlich ist — den Ruhm kann man dem Allgemeinen Vermögensgesetz für das Fürstentum Crnagora, dem Општи Имовински Законик за Књажевину Црну Гору nicht versagen, daß es ein selbständiges Werk und dem Staatswesen kongenial ist, dessen bürgerlicher Ordnung es zur Richtschnur dienen soll und das Jahrhunderte hindurch allein als einziger slavischer Staat seine Selbständigkeit trotz erdrückender Türkenübermacht sich bewahrte.

III.

Die Verbuchung der dinglichen Rechte an Grundstücken im griechischen Rechte.

Von

Dr. iur. **Friedrich Bernhöft**
in Rostock i. M.

Abkürzungen.

Archiv: Archiv für Papyrusforschung und verwandte Gebiete, herausgegeben von Wilcken, Bd. I u. II, Leipzig 1901, 1903.

Beauchet: Histoire du droit privé de la République Athénienne, Paris 1897. 4 Bände.

B. G. U.: Aegyptische Urkunden aus den königlichen Museen zu Berlin, herausgegeben von der Generalverwaltung, Griechische Urkunden 1895, 1898.

C. P. R.: Corpus papyrorum Raineri archiducis Austriae, I. Griechische Texte, herausgegeben von Wessely unter Mitwirkung von Mitteis. Wien 1895.

Hitzig: Die Bedeutung des altgriechischen Rechtes für die vergleichende Rechtswissenschaft in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 19, Stuttgart 1906.

Mitteis: Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs. Leipzig 1891.

Oxyr. Pap.: Grenfell and Hunt, The Oxyrinchus Papyri. Part. I. u. II. London 1898, 1899.

Pap. Grenf.: B. P. Grenfell and A. S. Hunt, New classical fragments and other greek and latin papyri. Oxford 1897.

Pap. Lond.: F. G. Kenyon, Greek papyri in the British Museum. Catalogue wilh texts, 1893, 1898.

Recueil: Recueil des inscriptions juridiques Grecques, texte, traduction, commentaire par Dareste, Haussoulier, Reinach. Serie I, Paris 1895.

Revue: Revue des études Grecqes, tome XV, Paris 1902.

---

§ 1.

Einleitung.

Wie das römische Recht die Publizität der dinglichen Rechte durch Formalakte, wie mancipatio und injurecessio zu sichern suchte, wie in ähnlicher Weise das deutsche Recht beispielsweise die sala als solenne Form der Eigentumsübertragung kannte, so finden wir auch im Rechte des Volkes, das im Altertum unbestritten die höchste Stufe der Kultur erreicht hat [1]), bedeutsame Spuren von Publizität der dinglichen Rechte, die umso wertvoller sind, als sie, wenigstens in ihren letzten Ausläufern, unseren modernen, diesem Gedanken entsprechenden Institutionen ganz außerordentlich nahe kommen, nämlich unserem heutigen Grundbuch.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist einerseits, diesen Nachweis zu liefern, anderseits aber soll überall da, wo nach Ansicht des Verfassers der Philologe, unter Umständen auch einmal der Jurist seiner Phantasie zu weiten Spielraum gelassen hat, auf das Positive zurückverwiesen werden.

Selbstverständlich ist, daß die Arbeit nicht stehen bleiben kann bei dem altgriechischen Recht, sondern sich vor allem zu beschäftigen hat mit dem griechischen Recht, wie es in den römischen Provinzen, vor allem in Aegypten gehandhabt wurde [2]).

---

[1]) Ueber die Bedeutung des griechischen Rechts s. insbesondere Hitzig, S. 1 ff.

[2]) Vgl. hierzu Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 35 ff., 72.

Ueber die Benutzung und Art der Literatur[3]) mag kurz das folgende gesagt sein:

Verfasser beschränkt sich, wie es der Lage der Sache entspricht, durchweg auf das gedruckte Material; aber auch hier konnten im wesentlichen, soweit es sich um Urkunden handelt, nur die kommentierten Ausgaben in Frage kommen. Es ist prinzipiell vermieden worden, auf das Sprachliche einzugehen. Den Text der Urkunden festzulegen, ist und bleibt vorwiegend Sache des Philologen, der der eigentlich dazu Berufene ist; dessen Arbeit mit der juristischen zu verbinden, ist die Aufgabe des Juristen; nur eine gemeinsame Arbeit beider ermöglicht die Erforschung des griechischen Rechtes.

Es ist versucht worden, das einschlägige Material in möglichster Vollständigkeit zusammenzustellen und für die Lösung der Frage zu verwerten[4]). Verfasser verhehlt sich dabei nicht, daß eine endgültige Lösung der Frage bei dem heutigen Stande der Dinge in das Bereich der Unmöglichkeit gehört; er geht aber von der Ansicht aus, daß jedes Eingehen auf dieselbe uns der Lösung einen, wenn auch nur kleinen Schritt näher bringt, und vor allem auch dazu geeignet erscheint, die Erforschung und Verwertung der etwa später aufgefundenen Urkunden etc. wesentlich zu erleichtern.

Da nach den bisherigen Erfahrungen eine Verbuchung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen nicht stattgefunden hat, mithin die Annahme berechtigt erscheint, daß das griechische Recht die Trennung in der rechtlichen Behandlung beweglicher und unbeweglicher Sachen weit strenger durchgeführt hat, als dies etwa im römischen Rechte der Fall war, so war die Arbeit lediglich auf das Immobiliarrecht zu beschränken.

---

[3]) Ueber das für das griechische Recht in Frage kommende Material vgl. insbesondere Hitzig a. a. O. S. 3 f., Mitteis a. a. O. S. 35, Anm. 1.

[4]) Wo es angängig erschien, sind gelegentlich auch ähnliche Einrichtungen in anderen Rechten zum Vergleiche herangezogen worden.

Es erschien wünschenswert, das Eigentum, soweit wir überhaupt von einem solchen sprechen können [5]), streng von den Belastungen zu trennen. Dadurch werden sich allerdings vielfach Wiederholungen und Verweisungen vernotwendigen, da sich beide Arten von dinglichen Rechten des öfteren in ein- und derselben Urkunde finden. Anderseits aber gestattet diese Trennung m. E. eine weit eingehendere Würdigung der einschlägigen Verhältnisse und gewährt eine bedeutend bessere Uebersicht, zumal auch verschiedentlich — man denke an die ὅροι [6]) — für die Aufzeichnung der Belastungen ganz andere Gesichtspunkte und Mittel in Frage kommen, als für die des Eigentums.

§ 2.

Die Arten der dinglichen Rechte.

Bevor nunmehr dem eigentlichen Kern der Arbeit näher getreten werden kann, ist zunächst zu erörtern, welche dinglichen Rechte im griechischen Rechte überhaupt in Frage kommen.

Von einem eigentlichen Eigentum in unserem Sinne können wir im griechischen Recht wohl kaum sprechen [7]). Für die entsprechenden Begriffe „dominium“ und „proprietas“ im römischen Recht finden wir keine Bezeichnung; das meum esse ex iure Quiritium, also das absolute Eigentum, ist mithin dem griechischen Rechte fremd.

Die ganze Eigentumsfrage ist vielmehr auf den Besitz, bezw. das Recht zum Besitze abgestellt; das lehrt vor allem die Diadikesie [8]). Wir finden dafür den Aus-

---

[5]) S. u.

[6]) S. u. S. 187 ff.

[7]) Vgl. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 70; Beauchet III, S. 45 ff., insbesondere S. 53.

[8]) s. Mitteis a. a. O. S. 499 ff. Guiraud, La Propriété foncière en Grèce S. 301 ff. und viele andere.

druck κτῆσις[9]) (streng davon zu trennen ist die Nutzung — χρῆσις).

In seinen Wirkungen aber kommt der griechische Besitzstand unserem Eigentum derart nahe, daß wir die Begriffe wohl ohne Skrupel miteinander identifizieren können; das gilt insbesondere auch für die Bearbeitung des vorliegenden Themas.

An Belastungen kennt das griechische Recht zwei wesentlich voneinander verschiedene Arten[10]). Es stehen sich, entsprechend dem römischen pignus und der hypotheca, Faustpfand und Hypothek gegenüber: ἐνέχυρον und ὑποθήκη. Das Faustpfand trägt seine Publizität in sich, ist also für die Frage der Verbuchung naturgemäß bedeutungslos. Im Mittelpunkte des zweiten Teiles der Arbeit steht also die Hypothek[11]), d. h. die Verpfändung einer Sache ohne Besitzentäußerung.

Neben diesen beiden Arten stoßen wir wiederholt auf die sogen. πρᾶσις ἐπὶ λύσει[12]). Hitzig[13]) stellt sie dar als „die ältere und auch später noch die normale Erscheinungsform des Sicherungsgeschäftes . ., neben der sich die Hypothek erst allmählich und zunächst nur für einzelne Fälle (Pacht, Restitution der dos) entwickelte“. Offenbar handelt es sich um einen Kauf auf Wiederkauf, in den meisten Fällen wohl unter Belassung des Besitzes, also eine Institution, die mit unserer heutigen, im Verkehr außerordentlich häufigen Art der Sicherung, dem Kaufe, verbunden mit Miete oder Leihe, auf Wiederkauf, sehr wohl zu vergleichen ist. Es ist also kein eigentliches Pfandrecht im modernen Sinne, unterliegt aber, wie z. B. die ὅροι zeigen, denselben Arten der Publizität wie dieses[14]).

---

[9]) Vgl. Archiv I. S. 188, 189, insbesondere auch Anm. 1.

[10]) Vgl. vor allem Hitzig, Pfandrecht, S. 1 ff.; Beauchet III, S. 176 ff.

[11]) Unbestritten ist, daß die römische Hypothek dem griechischen Rechte entnommen ist.

[12]) s. Hitzig a. a. O.

[13]) s. Hitzig, S. 26.

[14]) Vgl. auch Beauchet III, S. 237 ff.

Von einem näheren Eingehen auf die Frage, die an und für sich eine Fülle des Interessanten bietet, mag, da die Lösung derselben auf den Gang der Arbeit nicht von wesentlichem Einflusse ist, hier abgesehen werden; es genügt vielmehr ein Hinweis auf das oben zitierte Werk Hitzigs [15]).

Erster Teil.

Die Verbuchung des Eigentums.

§ 3.

Die ältesten Spuren von Publizität. Das Fragment Theophrasts.

Zweifellos weist schon das Recht des europäischen Griechenlands eine Reihe von Erscheinungen auf, die auf den Gedanken der Publizität bei der Eigentumsübertragung deuten.

Ein kleines Stückchen Publizität ist meines Erachtens schon wahrzunehmen in der Zuziehung von Zeugen beim Kauf, den sogenannten Kaufbürgen, die die Garantie für das Behalten der Sache übernehmen [16]).

Am häufigsten werden uns die βεβαιωτῆρες genannt; daneben finden sich Bezeichnungen [17]) wie πρατῆρες [18]), συμπρατῆρες, προαποδόται, προπωληταὶ, μνήμονες [19]). Im allgemeinen erweckt es den Anschein, als ob diese Ausdrücke sämtlich Synonyma bezeichneten; doch läßt sich nicht mit Bestimmtheit sagen, wie weit diese Vermutung richtig ist.

Meines Erachtens liegt in der Zuziehung dieser Hilfspersonen, die nahezu als ein Essentiale des Kaufgeschäftes be-

---

[15]) Hitzig, Pfandrecht.

[16]) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 504.

[17]) Mitteis a. a. O.

[18]) Vgl. Kaufregister von Tenos u. S. 152 ff.

[19]) Insbesondere Mitteis a. a. O., Anm. 5.

trachtet werden kann[20]), insofern ein Keim des Publizitätsgedankens, als der betreffende Garantieübernehmer, falls er sich nicht verpflichten wollte, etwaige an der zu verkaufenden Sache bestehende Rechte namhaft machen mußte.

Speziell für die Uebertragung eines Grundstückes sind die μνήμονες genannt, so vor allem in einem Gesetz von Halikarnaß[21]). Hier treten sie direkt als Zeugen im Eigentumsprozeß auf:

ἢν δ(έ τις) θέλῃι δικάζ(ε)σθαι περὶ γῆ(ς ἢ) οἰκίων, ἐπικαλ(εἰ)τω ἐν ὀκτὼ καὶ δέκα μησὶν, ἀπ' ὅ τὸ ἄδος ἐγένε(το) . . . ὅτ(ι) ἂν οἱ μνήμο(νες ε)ἰδέωσιν, τοῦτο καρτερὸν ἔν(α)ι.

„Was die Kundmänner über das Eigentum von Grundstücken anzugeben wissen, das soll im Eigentumsprozeß maßgebend sein" [22]).

Ebenso erwähnt auch das Recht von Gortyn[23]), einer kretischen Stadt, die μνήμονες[24]).

Offenbar weisen beide Stellen auf die μνήμονες hin, nicht als einfache Zeugen, sondern direkt als Urkundspersonen, deren Bedeutung im Eigentumsprozeß somit eine sehr erhebliche gewesen ist[25]).

Abgesehen von den Belegen, die die Klassiker wie Demosthenes u. a. bieten[26]), gewährt vor allem einen weit ausschauenden Blick ein Fragment des Theophrastos[27]).

---

[20]) Mitteis a. a. O. S. 505.

[21]) Ca. 454 a. C.; vgl. hierzu und zum Folgenden Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht, S. 171 ff.

[22]) Mitteis a. a. O. S. 172.

[23]) Das Recht von Gortyn ist die einzige von allen bisher aufgefundenen Urkunden, welche eine Kodifikation griechischen Rechts enthält.

[24]) Vgl. die Inschrift von Gortyn ed. Bernhöft, Stuttgart 1886, IX, 32; X, 50; ferner Mitteis a. a. O. S. 171.

[25]) Man vergleiche die Kundmänner des deutschen Rechtes, s. u. a. Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, S. 771.

[26]) Demosth. c. Onet., Phanipp., auch Plato, Aristoteles oecon.

[27]) Abgedruckt nebst Uebersetzung und Kommentar u. a. bei Franz

Theophrast nennt eine ganze Reihe von Einrichtungen, die dazu gedient haben, die Uebertragung des Eigentums erkennbar zu machen[28]). Wir finden zunächst die Nennung des κῆρυξ, dessen Hilfe einigen Gesetzen gemäß beim Verkauf eines Grundstücks in Anspruch genommen werden soll. Dieser soll drei Tage lang, bevor die Besitzübertragung vorgenommen wird, diese Absicht durch öffentliches Ausrufen kundtun. Nach andern Gesetzen soll das Geschäft vor der Obrigkeit vorgenommen werden. Erwähnt wird ferner, insbesondere für Athen, ein sechzig Tage hindurch öffentlich aushängender Anschlag, durch den der beabsichtigte Verkauf bekannt gemacht werden soll.

Außerdem wird noch ein fünftägiger öffentlicher Ausruf genannt, in Thurii sollen die nächsten Nachbarn bei der Uebergabe zugezogen werden und ihnen als Erinnerungszeichen ein Geldstück ausgehändigt werden[29]).

Wichtiger als der Inhalt des ersten Absatzes erscheint der zweite Absatz, der einen Hinweis auf die öffentlichen Bücher enthält, also mit unserem Thema in direktem Zusammenhang steht. Unser Gewährsmann sagt nämlich, daß überall dort, wo öffentliche Bücher sich finden, anderweitige Bestimmungen nicht erforderlich sind, da man ja aus diesen den Stand der Dinge ersehen könne: παρ' οἷς γὰρ ἀναγραφὴ τῶν κτημάτων ἐστὶ καὶ τῶν συμβολαίων, ἐξ ἐκείνων ἔστι μαθεῖν εἰ ἐλεύθερα καὶ ἀνέπαφα καί αὐτοῦ πωλεῖ δικαίως· εὐθὺς γὰρ καὶ μετεγγράφει ἡ ἀρχὴ τὸν ἐπωνημένον[30]).

Hofmann, Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Rechts, S. 71 ff.; die Frage der Herkunft wie Unterordnung des Fragments unter die vielen Werke des Philosophen interessiert hier nicht; man lese darüber nach Hofmann a. a. O.

[28]) Auf das Fragment wird auch bei Gelegenheit der Belastungen zurückzukommen sein; vgl. unten S. 185 ff.

[29]) Dies erinnert lebhaft an die oben erwähnten μνήμονες, βεβαιωτῆρες etc.

[30]) Hofmann (S. 82 f.) übersetzt „denn dort, wo eine öffentliche Aufzeichnung der unbeweglichen Güter und der (dieselben betreffenden)

Im dritten Absatz wird sodann noch der Eid als Mittel zur Sicherung des Eigentumsüberganges erwähnt[31]).

Soweit beschränkt sich das Fragment auf Immobilien, für die die Publizität von besonderer Bedeutung ist[32]). Die folgenden Erörterungen gelten in gleicher Weise für Mobilien und Immobilien. Von großem Interesse ist aber noch der Anfang des vierten Absatzes, darin wird unzweideutig die Gültigkeit des Eigentumserwerbes von der Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten abhängig gemacht, während der obligatorische Vertrag sofort mit Hingabe der Arrha[33]) gültig sein soll.

Es fragt sich nunmehr, was uns das Fragment lehrt.

Man mag es im ganzen ansehen, wie man will, man mag vielleicht annehmen, daß der Philosoph in der Interpretation der angeführten Gesetzesvorschriften zu weit gegangen ist, soviel ist zweifellos: der Verfasser selbst hat mit vollem Bewußtsein unseren modernen Gedanken der Publizität erfaßt und in klarer, unumstößlicher Form zum Ausdruck gebracht. Damit ist aber auch erwiesen, daß dieser Gedanke, wenn vielleicht auch nur in den ersten Ansätzen, im Rechtsbewußtsein des griechischen Volkes zum mindesten geschlummert hat. Es kann nicht angenommen werden, daß Theophrast die Behauptung, man könne aus den öffentlichen Aufzeichnungen entnehmen, ob ein Grundstück dem Veräußerer gehöre — ἔστι μαθεῖν εἰ . . . αὑτοῦ πωλεῖ δικαίως — aufstellt, ohne auf den positiv gehandhabten Verkehrsgewohnheiten zu fußen[34]).

Verträge stattfindet, kann man aus diesen Eintragungen erfahren, ob (der Verkäufer) frei-eigene, unbelastete und ihm gehörige Güter redlich verkaufte, denn die Behörde nimmt jedesmal sofort die Umschreibung auf den Namen des Käufers vor."

[31]) Ueber das Nähere s. insbesondere Hofmann, S. 83 f.

[32]) Hofmann, S. 87.

[33]) Vgl. darüber die folgenden Absätze, insbesondere die Uebersetzung von Hofmann, S. 85.

[34]) Zu meinen Ausführungen vgl. Hofmann, S. 87 ff., Hitzig,

§ 4.

Die Verbuchung des Eigentums im allgemeinen.

Wir wenden uns nunmehr dem eigentlichen Kern unserer Arbeit zu, nämlich der Verbuchung des Eigentums. Vorerst einige allgemeine Bemerkungen!

Wenn wir die Verbuchungsarten betrachten, so begegnen wir zwei auf ganz verschiedenen Grundlagen aufgebauten Systemen. Auf der einen Seite stehen diejenigen Bücher, welche sich offenbar als eine Sammlung von Käufen und Verkäufen darstellen, zusammengestellt vorwiegend im Interesse des Käufers[35]), auf der anderen Seite, speziell in Aegypten, diejenigen, die hervorgegangen sind aus den Steuerkatastern und den damit verbundenen Steuerdeklarationen[36]); ihr ursprünglicher Zweck ist also die Erhebung der Steuer, nicht der Schutz des privaten Erwerbers[37]).

Soweit die Feststellung des grundlegenden Unterschieds; es sei mir aber auch eine Bemerkung allgemeiner Art gestattet, die meines Erachtens von wesentlichem Interesse für die ganze Auffassung des Folgenden ist.

Unter den Schriftstellern, die sich bisher mit den einschlägigen Fragen beschäftigt haben, wählen eine Anzahl mit Vorliebe für die Steuerkataster, soweit sie sich auf die Grundsteuer beziehen, und sonstigen öffentlichen Bücher den Ausdruck Grundbuch[38]). Es mag das vielleicht einen Schein der Berechtigung haben, wenn diese Bezeichnung gewählt wird

---

Pfandrecht, S. 50 ff., Beauchet III, S. 322 ff., Guiraud, La propriété foncière en Grèce, S. 292 ff. u. a.

[35]) S. unten S. 152 ff.

[36]) S. unten S. 158 ff.

[37]) Zum richtigen Verständnis wird eine kurze Darstellung des griechischen Notariats, speziell seiner Entwicklung in Aegypten erforderlich sein. Siehe unten S. 155 ff.

[38]) Viereck, Die ägyptische Steuereinschätzungskommission in röm. Zeit; Wilcken, Ostraka Bd. I; auch Hofmann, S. 71 ff.

zur Unterscheidung der Steuerkataster für Immobilien von denen anderer Art. Da der Jurist jedoch gewohnt ist, Grundbuch als terminus technicus zu gebrauchen, erscheint mir dieser Ausdruck entschieden irreführend; er ist somit strengstens zu vermeiden. Wie aus dem Folgenden hervorgehen wird, stellen sowohl die Kaufregister als auch die Steuerkataster und die damit zusammenhängenden διαστρώματα etwas wesentlich anderes dar, als die modernen Grundbücher. Vor allem die Steuerkataster, zumal in der Art, wie Viereck sie darstellt, dienen entgegen unserer heutigen Institution vornehmlich staatlichen Zwecken, nämlich der Veranlagung und Eintreibung von Steuern, während das Grundbuch nur der Sicherheit des privaten Verkehrs zu dienen bestimmt ist; nur, damit die Erfüllung dieses Zweckes gewährleistet wird, hat der Staat die Führung der Grundbücher übernommen.

Wenn nun die Steuerkataster vermöge ihrer besonderen Beschaffenheit auch privaten Zwecken zu dienen geeignet waren, ja diesen auch wirklich dienstbar gemacht wurden, so berechtigt uns das doch keineswegs, sie, wenn auch nur terminologisch, mit unserer modernen Institution zu identifizieren. Wie man überhaupt bei der Schwierigkeit des Materials, aus dem wir schöpfen, zur äußersten Vorsicht gezwungen ist, sobald es sich darum handelt, aus dem Gewonnenen weitergehende Schlüsse zu ziehen, so empfiehlt sich ganz insbesondere auch bei der Uebertragung moderner, juristisch bedeutsamer Ausdrücke auf griechische Institutionen die äußerste Vorsicht. Mögen wir daher die Bücher etc. je nach ihrem Ursprunge Kaufregister, Grundstücks- bezw. Gebäudekataster nennen; wir werden dadurch vielleicht schwerwiegenden Mißverständnissen aus dem Wege gehen.

§ 5.

Das Kaufregister von Tenos.

Wenn Theophrast in dem oben erörterten Fragment auf die Institution öffentlicher Bücher hinweist, so ist uns bedauer-

licherweise bis jetzt nur ein einziges dieser Art bekannt, das Kaufregister von Tenos [39]).

Zwar sind den Theophrastschen Bemerkungen entsprechende öffentliche Aufzeichnungen auch sonst nachgewiesen worden [40]).

Abgesehen von den Zeugnissen der Schriftsteller [41]), die auf solche Verbuchungen deuten, sind uns eine Reihe von Inschriften erhalten, die den Ursprung der Verbuchung von Rechten darstellen. Vor allem ist die Aufzeichnung der Rechte auf Tafeln bezw. Steinen bemerkenswert, die Aufstellung in einer Zentrale, vorzüglich in Tempeln, Archiven etc. fanden [42]).

Das Kaufregister von Tenos bildet, wenngleich es auf derselben Grundlage beruht, demgegenüber insofern eine höhere Stufe, als nunmehr die Kaufverträge etc. gesammelt und zu einem zusammenhängenden Ganzen verbunden werden. Nach der Ueberschrift soll die Inschrift eine Uebersicht enthalten über die unter dem Archontat des Ameinolas vollzogenen Grundstücks- und Hausverkäufe und die aus dieser Zeit datierenden Dosbestellungen. Erhalten sind uns nur vom ersten Teile etwa 47 Kaufverträge, während von dem auf die Dosbestellungen bezüglichen Teil zusammenhängende Bruchstücke nicht gefunden sind [43]).

---

[39]) Herausgegeben, übersetzt und kommentiert u. a. im Recueil I, S. 63 ff. unter dem Titel Registre des ventes immobilières; vgl. ferner Beauchet III, S. 229 ff.; Hitzig, Pfandrecht, S. 52; Hitzig, D. Bed. d. altgr. R., S. 11 f.; Lipsius, S. 12 ff.; über neue Funde vgl. insbesondere Musée Belge tome IX, S. 84.

[40]) Vgl. insbesondere Beauchet III, 328; Hofmann, S. 97 und die dort Zitierten.

[41]) Vgl. wie oben, auch Guiraud S. 295 f. und die dort Zitierten.

[42]) Vgl. hierzu insbesondere Guiraud, La propriété foncière en Grèce S. 293 f., Michel, Recueil des Inscriptions Grecques n. 1383, 1385, 1386.

[43]) Dagegen sind solche erhalten von dem Mitgiftregister von Mykonos — vgl. Guiraud a. a. O. S. 295.

In systematisch wiederkehrender Form werden unter Angabe des Datums Käufer und Verkäufer genannt, ferner wird das Grundstück unter Angabe der benachbarten näher bezeichnet und über den Kaufpreis, sowie über die Kaufbürgen — πρατῆρες[44]) — berichtet. Ferner werden die sonstigen Interessenten, die ihre Zustimmung erteilt haben — συναιποῦντες —, genannt[45]).

Näheren Aufschluß über die Art der Eingaben etc. gibt die Inschrift nicht. Dennoch aber ist zweifellos schon außerordentlich viel dadurch gewonnen, daß wir eins von den bei Theophrast angedeuteten Büchern vor Augen haben. Zunächst interessiert die Hinzuziehung von Hilfspersonen, insbesondere der πρατῆρες, deren Mitwirkung beim Grundstückskauf uns nichts Neues mehr bietet, hier aber doch eine eminente Bedeutung gewinnt.

In der Hauptsache aber erregt das Register unser Interesse erst dann, wenn wir die Theophrastschen Ausführungen auf dasselbe anwenden. Theophrast sagt ausdrücklich[46]), daß der Eigentumsübergang gültig sein soll, sobald die gesetzlichen Formalitäten erfüllt sind; daß die gesetzlichen Formalitäten in unserem Falle die Registrierung in sich schließen, liegt auf der Hand, wenn man auch zweifelhaft sein kann, ob die Eintragung erforderlich ist, oder ob schon die Anmeldung genügt.

Wir ersehen somit aus dem Kaufregister von Tenos nicht nur, daß tatsächlich eine Registrierung der Grundstücksver-

---

[44]) Man vgl. oben S. 147; dies erleidet übrigens eine Ausnahme in § 44.

[45]) Als Beispiel sei hier § 38 abgedruckt: Ἀριστῶναξ Ἀριστολόχου Θεστιά[δης παρὰ Φειδῶς Χαδυσσίου Θεστιάδος μετὰ κυρίων Τιμοκράτου καὶ Χαιρέλα Θεστιαδῶν ἐπρίατο τῆς οἰκίας καὶ τῶν χωρίων τῶν ἐν Ἡρίσθῳ καὶ τῶν ἐσχατιῶν καὶ τ[οῦ ὕδατος πάντων τὰ [ἡμίσ]η ὅσα ἦν Χαιρέλα [τοῦ] πατρὸς τοῦ Φει[δ]ῶς, οἷς γείτονες Ἰφικρίτη καὶ τὰ παιδία τὰ Δεϊκράτου[ς] δραχμῶν ἀργυρίου δισχιλίων πεντακοσίων· πρατ[ῆρες Τιμοκρά[τ]ης καὶ Χαιρέλας Χ[αδυσ]σί[ου] Θεστιάδ[αι].

[46]) Vgl. Hofmann, S. 87, s. auch oben S. 150.

käufe stattgefunden hat, sondern wir können auch mit voller Gewißheit sagen, daß diese Registrierung einen bedeutsamen Einfluß auf die Gültigkeit des Eigentumsüberganges gehabt hat. Wir können aber auch nach den Worten des Fragments mit Sicherheit einen öffentlichen Charakter dieser Bücher annehmen; denn anderenfalls enthielten die Worte: ἐξ ἐκείνων ἔστι μαθεῖν etc.[47]) eine leere Behauptung. Sollte man aus den Registern etwas erfahren können, so mußten sie jedermann zugänglich sein.

Das besonders Auffallende gegenüber den später zu erörternden Grundsteuerkatastern in Aegypten ist offenbar das, daß ein eigentlich öffentlicher Zweck des Kaufregisters nicht ersichtlich ist. Wir müssen mithin annehmen, daß diese Bücher vorwiegend dem Privatverkehr zu dienen bestimmt gewesen sind. Von Grundbüchern in unserem Sinne kann darum noch nicht die Rede sein. Wir können nicht einmal aus Theophrasts Worten herauslesen, daß jeder Kauf, der ohne die Eintragung vollzogen ist, unbedingt ungültig war; es ist nicht einmal erwiesen, daß etwa alle Grundstücke diesem Zwange unterlagen, vielmehr bleibt die Möglichkeit immerhin offen, daß es auch unregistrierte Grundstücke, deren Uebertragung dann vielleicht anderen Formen unterlag, gab. Vor allem aber liegt auch nicht der leiseste Anhalt dafür vor, daß etwa diese Bücher publica fides genossen hätten.

Eine endgültige Stellung zu der Frage, wie weit die Wirkungen der Register gewesen sind, zu nehmen, ist bei dem geringen Material heute noch nicht möglich, vielleicht daß die Zukunft uns die Lösung bringt.

§ 6.

Das ΧΡΕΟΦΥΛΑΚΙΟΝ.

Wenn auch die Mehrzahl der Schriftsteller, die sich mit der unserem Thema zu Grunde liegenden Frage beschäftigt

---

[47]) S. oben S. 150.

haben, die Beurkundung der Verträge durch das griechische Notariat als für die Publizität der dinglichen Rechte nicht bedeutsam erachten und es deshalb teilweise ganz ablehnen, dasselbe zu erwähnen, so halte ich doch eine kurze Charakterisierung für unumgänglich.

Ich gehe allerdings nicht so weit wie Hofmann[48]), der die öffentlichen Bücher mit der Beurkundung durch das Notariat auf eine Stufe stellt, damit also dem Notariat einen öffentlichen Charakter zuschreibt. Soweit es sich um die Betrachtung des älteren griechischen Rechtes handelt, stimme ich vielmehr mit Hitzig[49]) und Beauchet[50]) vollkommen überein, daß nämlich die Notariate zur Aufnahme und Aufbewahrung der Urkunden lediglich im Interesse der Kontrahenten dienten[51]). Sobald es sich aber um die Weiterentwicklung des Notariats in Aegypten handelt, möchte ich allerdings eine große Bedeutung desselben für die Lösung unserer Frage annehmen.

Zweifellos ist, daß das Notariat schon im europäischen Griechenland eine große Bedeutung erlangt hat[52]). Der Ausgangspunkt sind wohl die schon genannten μνήμονες[53]). Aus diesen entwickelte sich allmählich das χρεοφυλάκιον[54]), das in fast allen griechischen Städten bestand[55]). Ihre Tätigkeit be-

[48]) Hofmann a. a. O. S. 97.

[49]) Hitzig, Pfandrecht, S. 53.

[50]) Beauchet IV, S. 65.

[51]) Daß überhaupt eine Beurkundung der Verträge stattfand, kann nicht Wunder nehmen, hat doch auch in Rom die Schriftlichkeit der Verträge eine große Rolle gespielt.

[52]) s. Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht S. 95, Beauchet IV, S. 64 ff.

[53]) s. Mitteis a. a. O. S. 171 ff.

[54]) Andere Bezeichnungen sind z. B. θεσμοφυλάκιον, ῥητροφυλάκιον, γραμματεῖον, ἀρχεῖον; vgl. Chapot, La province Romaine d'Asie S. 245 ff.; dieser gibt eine Zusammenstellung der Städte, in denen die Institution nachweisbar ist; vgl. auch Keil, Anonymus Argentinensis S. 304, Anm. 1.

[55]) Nachweise besonders bei Beauchet IV, S. 64 ff.

stand zunächst in der Hauptsache darin, daß sie die über Verträge aufgenommenen Urkunden deponierten; auch dürften sie wohl den Abschluß der Verträge vermittelt haben [56]. Eine Oeffentlichkeit dieses Institutes anzunehmen, scheint schon deshalb ausgeschlossen, weil wir kein einziges Zeugnis besitzen, das uns die Möglichkeit für den Dritten zeigte, von diesen Urkunden Kenntnis zu nehmen [57]. Ein Gesetz von Amorgos bestimmt, daß die Verträge vor dem Notariat abgeschlossen werden sollen, Dio Chrysostomos bezeichnet den Abschluß von Verträgen vor einer Behörde als allgemeine Sitte [58], Aristoteles betrachtet die Behörde zur Aufnahme und Verwahrung von Urkunden als wesentlichen Bestandteil seines Musterstaates und weist auf die weite Verbreitung derselben hin [59]. Wohin wir blicken, finden wir Belege für die außerordentliche Bedeutsamkeit des Notariats, niemals aber einen Hinweis darauf, daß es einen öffentlichen Charakter in unserem Sinne gehabt habe, nur eine öffentliche Verwahrung sollte ermöglicht werden.

In Aegypten aber, das infolge der gerade hier so besonders zahlreich aufgefundenen Urkunden von besonderem Interesse ist, hat die Institution der Urkundenverwahrung an Bedeutung gewonnen und ist in fast allen griechischen Städten den städtischen Behörden übertragen worden. Wir wissen ferner, daß mit der Führung des Notariats in Aegypten die Agoranomen betraut sind [60], wir können uns einen Begriff machen von dem Kampfe, den das griechische Recht bei dem immer weiteren Vordringen des Hellenismus gegen das einheimische ägyptische Recht geführt hat, und wir können verfolgen, wie griechische Rechtsgedanken und altägyptische

---

[56]) Vgl. Mitteis a. a. O. S. 95, 173 ff.

[57]) Vgl. Hitzig, Pfandrecht, S. 53.

[58]) Mitteis a. a. O. S. 95.

[59]) Derselbe, S. 173; vgl. übrigens zu meinen Ausführungen Guiraud a. a. O. S. 292 ff.

[60]) s. Mitteis, S. 52.

Einrichtungen[61]) miteinander verbunden sind zu neuen Institutionen. So sehen wir denn auch, daß alle vor einem ägyptischen Notariat abgeschlossenen Verträge im sogenannten γράφιον, dem Register des Bezirks, angemeldet werden mußten, und daß ihre Gültigkeit abhängig gemacht wurde von der Eintragung in das Register[62]).

Ich bin nun der Ansicht, daß diese Verquickung einheimischer Verhältnisse mit fremden eine weitere Ausdehnung erfahren hat bei der späteren Ausgestaltung der Steuerkataster und auf deren Einrichtung und Bedeutung einen immensen Einfluß gehabt hat[63]). Bevor aber auf diese Frage eingegangen werden kann, sind nunmehr die Steuerkataster, die für die Frage der Verbuchung des Eigentums neben dem Kaufregister von Tenos bei weitem die größte Bedeutung haben, ihrem Ursprunge wie ihrem Wesen nach darzustellen.

§ 7.

Das ägyptische Steuerwesen.

Während im europäischen Griechenland die direkten Steuern nur geringe Bedeutung hatten[64]), kann man Aegypten direkt das Land der Steuern nennen. Bewunderungswürdig ist die Vielseitigkeit der Steuern, und es hat kaum ein Objekt gegeben, das nicht besteuert wurde[65]). Wir finden sowohl direkte, wie indirekte Steuern, der Aegypter kennt eine Kopf-

---

[61]) Auch Aegypten kannte die Beurkundung von Verträgen.

[62]) Mitteis a. a. O.

[63]) Man vgl. übrigens Archiv I, S. 197, 198; Hermes 30, S. 596 ff.

[64]) Gewiß hat es auch hier eine Reihe von Steuern gegeben, so nennt z. B. Beauchet an mehreren Orten das Bestehen derselben, die hier jedoch nicht aufgezählt werden können; die direkte Steuer jedoch widersprach im allgemeinen den Anschauungen der Griechen — vgl. Bruno Keil, Anonymus Argentinensis S. 305, Anm. 1.

[65]) Wilcken, Ostraka I, S. 410.

steuer, eine Gewerbesteuer, er besteuert das bewegliche wie das unbewegliche Vermögen.

Alle diese Steuern haben auf die Verwaltung des Landes einen nicht zu unterschätzenden Einfluß gehabt. Die Einteilung Aegyptens in Gaue ist gewiß zum großen Teile auch diesem Einflusse zuzuschreiben, bildete sie doch die Grundlage für die Steuerbezirke[66]). Abgesehen von diesem Moment, abgesehen auch davon, daß die Steuern alljährlich eine beträchtliche Summe dem Staate abwarfen[67]), sind sie auch indirekt dem öffentlichen wie privaten Verkehr von großem Nutzen gewesen. Aus den Registern, die für die Erhebung der Kopfsteuer zusammengestellt waren, wurden Personenlisten, aus denen sich schon früh wiederum regelrechte Volkszählungen entwickelten[68]). Die Sammlungen von Anmeldungen des beweglichen Vermögens für Steuerzwecke mögen ihre eigene Verwendung gefunden haben. Die weitaus größte Bedeutung, nicht nur in Bezug auf unser Thema, haben die Einrichtungen gewonnen, die geschaffen waren zum Zwecke der Erhebung der Grundsteuer. Sie sind es vor allem, die im Laufe der Zeit weit über ihr eigentliches Ziel hinausschossen und allmählich, unterstützt von den aus dem europäischen Griechenland übernommenen Ansichten und Einrichtungen, zu Zwecken dienstbar gemacht wurden, die ihnen ursprünglich unendlich fernlagen.

Eine wie große Rolle die Grundsteuer in Aegypten gespielt hat, erhellt nicht nur daraus, daß wir auf diesem einen Gebiete nicht weniger denn drei Arten unterscheiden können: die Steuer für Weinland, Ackerland und Gebäude; es erhellt insbesondere auch daraus, daß schon zu Sesostris' Zeiten ganz Aegypten mit Hilfe der γεωμέτραι genau vermessen und katastriert[69]) war. W i l c k e n berichtet uns von zahlreichen Ur-

---

[66]) Derselbe, S. 422 ff.

[67]) Derselbe, S. 411 ff.

[68]) Derselbe, 1, S. 487.

[69]) Nach dem Bericht von Herodot; vgl. Archiv I, S. 185.

kunden, die darauf hinweisen, er berichtet uns insbesondere auch von solchen, die zeigen, daß die Vermessungen oft revidiert wurden, damit den durch die fast alljährlich wiederkehrenden Nilüberschwemmungen herbeigeführten Veränderungen der Grenzen, sowie der Ertragsfähigkeit der Grundstücke Rechnung getragen werden konnte [70]). So war in diesen amtlich aufgestellten Steuerkatastern die Grundlage für eine erfolgreiche Ausgestaltung der Verbuchung des gesamten Eigentums gegeben [71]).

§ 8.

Die ΑΠΟΓΡΑΦΗ.

Wenn, wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, in der älteren, vorhellenistischen Zeit [72]) die Errichtung der Steuerbücher auf Grund amtlicher Nachforschung geschah, so

---

[70]) Wilcken, Ostraka I, 174 ff.

[71]) Eine ganz andere Frage als die hier erörterte der Steuerveranlagung ist die der Berechnung und Erhebung der Steuer. Die Berechnung geschah auf Grund der Register durch die Eklogisten, Strategen und Kommissionen — vgl. hierüber insbesondere Wilcken, Ostraka I, S. 462 ff., s. a. u. S. 193 f. — Die Erhebung der Steuer lag in der Ptolomäerzeit in der Hand von Steuerpächtern — vgl. Wilcken a. a. O. S. 513 ff. —, in der Kaiserzeit geschieht die Steuereintreibung vorzugsweise durch Beamte, wenngleich auch daneben noch die Steuerpacht bestehen bleibt — Wilcken a. a. O., S. 570. — Alle diese Fragen bedürfen noch heute sehr der Aufklärung, vieles ist umstritten, manches noch gänzlich unklar. Eine Stellungnahme meinerseits zu diesen Fragen ist naturgemäß unmöglich, zumal die ganzen Erörterungen mehr verwaltungsrechtlicher als juristischer Natur sind. An Werken, die sich mit diesem Gebiete eingehender beschäftigt haben, mag u. a. genannt sein: Mommsen, Römische Rechtsgeschichte, Zachariae v. Lingenthal, Geschichte des griechisch-römischen Rechts, 2. Aufl. — vgl. auch Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Bd. 9, S. 261 ff. — Marquardt, Römische Staatsverwaltung, Bd. 2. Einzelne Punkte sind u. S. 193 ff. hervorgehoben.

[72]) Vgl. Wilcken in Hermes 28, S. 231.

finden wir schon in ptolomäischer Zeit das System der Selbstdeklaration [73]), d. h. die Aegypter waren verpflichtet, zu bestimmten Zeiten ihr Vermögen, bewegliches wie unbewegliches, sowie die Zahl ihrer Familienmitglieder durch Steuerprofessionen anzugeben, ἀπογραφαὶ [74]), auf Grund deren der Staat dann die Höhe der zu entrichtenden Steuer festsetzte. Im allgemeinen läßt sich eine strenge Trennung der einzelnen Vermögensstücke in den ἀπογραφαὶ feststellen. Wenn wir auch unter den vorgefundenen Urkunden Belege für fast alle einzelnen Arten finden, so würde doch eine Aufzählung derselben über den Rahmen der Arbeit hinausgehen; wir haben uns vielmehr lediglich mit den die Grundsteuer betreffenden Deklarationen zu beschäftigen.

Was den Inhalt derselben betrifft, so fällt zunächst ein grundlegender Unterschied zwischen denjenigen der ptolomäischen Zeit und denen der Kaiserzeit auf [75]). Leider sind uns von den ersteren nur wenige erhalten, übereinstimmend aber tritt bei allen neben die Aufzählung der zu besteuernden Gegenstände eine Selbstschätzung des Wertes: ταύτην οὖν τιμῶμαι δραχμῶν τετρακισχιλίων [76]); diese Selbstschätzung nun entfällt bei den Deklarationen aus der Kaiserzeit. Statt dessen aber treffen wir bei den letzteren durchweg auf einen eigenartigen Zusatz, der sich offenbar auf die Belastungen bezieht: καθαρὸν μηδενὶ κρατούμενον und ähnliches [77]). Wenn nun auch

---

[73]) Nach Wilcken, Ostraka I, S. 437 ff., Hermes 28 a. a. O. schon früher.

[74]) Derselbe terminus technicus findet sich für die Steuerdeklarationen auch in der späteren Kaiserzeit, als die ganzen Steuerverhältnisse durch das Eingreifen der römischen Kaiser wesentliche Veränderungen erfahren hatten und den römischen Anschauungen mehr angepaßt waren — vgl. insbesondere Mommsen in Hermes III, S. 436 ff.

[75]) Vgl. hierzu und zum Folgenden besonders Wilcken, Ostraka I, S. 458 f.

[76]) Der Zusatz findet sich übrigens bei den Deklarationen aller Arten.

[77]) Wilcken, a. a. O. 462.

diese Bemerkung als solche lediglich oder wenigstens doch in der Hauptsache für die Frage der Verbuchung des Pfandrechts [78]) von Wichtigkeit ist, so bietet doch die Verschiedenheit der beiden Arten von ἀπογραφαί, wie sie hier zu Tage tritt, einen interessanten Ausblick. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß allmählich eine gewisse Aenderung in den die ἀπογραφαί beherrschenden Prinzipien eingetreten ist. Die Selbstschätzung ist allmählich aufgegeben worden, vielleicht, weil man trübe Erfahrungen damit gemacht hatte; aber ein anderes ist aufgenommen worden, ein Hinweis auf die Belastungen. Der Schluß liegt nicht allzu fern, daß diese Veränderungen getroffen sind nicht allein um der Steuererhebung willen. Besonders die Aufnahme der Belastung oder Nichtbelastung deutet darauf hin, daß der griechische Gedanke der Publizität sich Eingang in die Steuerprofessionen und mit ihnen in die Grundstückskataster verschafft hat. Nun ist es allerdings möglich, daß es für die Höhe der Steuer von Bedeutung war, ob ein Grundstück belastet war oder nicht; es würde also vollkommen erklärlich sein, wenn etwaige Belastungen bei den Deklarationen angegeben werden mußten. Aber sollte denn das nicht in der Ptolomäerzeit ebenso gewesen sein? Gerade die konsequent wiederkehrende ausdrückliche Betonung der Nichtbelastung läßt meines Erachtens weitere Schlüsse zu. Noch in der ptolomäischen Zeit erfüllten die ἀπογραφαί vollkommen ihren Zweck, wenn sie alles das enthielten, was der Staat an Auskunft brauchte, um die Steuern erheben zu können; mit dem weiteren Vordringen griechischer Rechtsgedanken aber war ihr Zweck nicht mehr dadurch erfüllt, sie sollten jetzt so viel bieten, daß sie öffentlichen wie besonders auch privaten Zwecken noch in anderer Beziehung dienen konnten; dazu aber war die Aufnahme der Belastungen erforderlich.

So sehen wir schon in diesem Unterschiede einen Einfluß des griechischen Rechtes, den wir im folgenden oft bestätigt finden werden.

---

[78]) Vgl. u. S. 189.

Im übrigen bietet der Inhalt der ἀπογραφαὶ an und für sich im wesentlichen nichts weiter als die Aufzählung der steuerbaren Gegenstände. So gibt z. B. eine ἀπογραφὴ aus der Ptolomäerzeit[79]) „die Masse des Hauses und Hofes (οἰκία καί αὐλή) nach Ellen an (πήχεις), orientiert sie genau nach den vier Himmelsrichtungen durch Nennung der Nachbarn und äußert sich über die Zweckbestimmung des Hauses[80])". Außerdem wird die oben erwähnte Schätzung vorgenommen.

Zur Vergleichung mögen hier einige Steuerdeklarationen über Ackerland[81]) angeführt werden; Wilcken[82]) faßt ihren Inhalt, wie folgt, zusammen:

„Gemäß dem Befehl des Präfekten werden die in Frage stehenden Aecker deklariert. Dabei wird angegeben die örtliche Lage des Ackers, der Umfang nach Aruren (fehlt in 198) und die Steuerkraft (139: τελούσας ἀνὰ ποροῦ μίαν ἥμισυ). Auch wird nicht versäumt zu melden, ob der Acker von der Ueberschwemmung erreicht ist oder nicht[83])."

§ 9.

Die Zeit der Einreichung.

Ein kurzes Wort gilt auch der vielumstrittenen Frage, zu welchen Zeiten die ἀπογραφαὶ bei den Steuerbehörden ein-

---

[79]) Londoner Papyrus *L*, aus dem dritten Jahrhundert a. C., abgedruckt u. a. im Hermes 28, S. 231; vgl. ferner Wilcken, Ostraka I, S. 457 und die dort zitierten.

[80]) Wilcken a. a. O.

[81]) B. G. U. 108, 139, 198; vgl. Wilcken S. 465 ff., Hermes 28, S. 236. Viereck, die ägyptische Steuereinschätzungskommission in römischer Zeit S. 230, und die dort zitierten; Texte im Hermes und bei Viereck.

[82]) a. a. O.

[83]) Die von Wilcken, Ostraka S. 461 herangezogenen ἀπογράφαὶ aus der Kaiserzeit über Haus und Hof sind hier nicht verwandt, da sie an anderer Stelle noch Gegenstand eingehender Erörterung sein werden; siehe unten S. 168 f.

zureichen waren. Die früher allgemein herrschende Ansicht, die insbesondere auch von Wilcken[84]) vertreten wird, geht davon aus, daß die auf die Grundsteuer bezüglichen Steuerdeklarationen ebenso wie alle anderen Objektsdeklarationen alljährlich einzureichen waren. Wenn Wilcken sagt: „Nichts spricht gegen die Annahme", so mag das für die ptolomäische Zeit richtig sein, wenngleich für seine Ansicht nichts weiter spricht, als daß eben die Deklarationen über bewegliches Vermögen alljährlich eingereicht sind. Ob das als unumstößliches Argument anzusehen ist, wie Wilcken scheinbar annimmt, ist mir allerdings zum mindesten zweifelhaft. Jedenfalls läßt sich so viel sagen, daß schon nach den von ihm selbst angeführten Urkunden[85]) seine Ansicht wenigstens für die Kaiserzeit widerlegt ist[86]).

Wie wenig überhaupt ein Schluß von den Deklarationen über die beweglichen Sachen auf jene über Liegenschaften berechtigt ist, erhellt, wenn wir beide Arten miteinander vergleichen.

Wilcken führt eine Reihe von ἀπογραφαὶ über bewegliches Vermögen[87]) auf und stellt folgendes Schema[88]) auf:

„Von den x Tieren, die ich im vorigen Jahre deklariert habe, sind y krepiert oder verkauft oder von der Regierung

---

[84]) Wilcken a. a. O. S. 464. Hermes 28, S. 230 ff. Viereck S. 231.

[85]) Wilcken a. a. O. S. 463 und die dort Zitierten.

[86]) Die folgenden Ausführungen bieten zugleich ein Beispiel dafür, wie große Vorsicht in Bezug auf vorschnelle Schlüsse auf unserem Gebiete geboten ist.

[87]) Ostraka I, S. 466: B. G. U. 51, 52, 89, 133, 192, 266, 352—355, 357, 358, 421, 629, Pap. Grenf. (II) 45 und 45a P. E. R. bei Hartel, Griech. Pap. S. 74, Pap. Lond. CCCXXVIII. (ed. Kenyon, Rev. de philol. XXI 1897 S. 4 ff.). Pap. Lond. CCCIX., CCCXXVII. P. Oxyr. I, 74; vergl. auch Hermes 28, S. 238 f.; Viereck, Die ägyptische Steuereinschätzungskommission in römischer Zeit, S. 226 f.

[88]) Nach Prüfung einiger der oben zitierten Urkunden stehe ich nicht an, das von Wilcken a. a. O. aufgestellte Schema hier zu zitieren.

requiriert (vergl. 266 und Kenyon[89]) a. O.). Die übrig bleibenden x—y deklariere ich mitsamt den neugeborenen Jungen (τοὺς ἐξ ἐπιγονῆς αὐτῶν ἐπιγεγεημένους πώλους oder ähnlich) für das laufende Jahr."

Er fügt dann noch hinzu:

„Bei anderen hat sich der Viehbestand durch Kauf erweitert (354), wieder bei anderen ist er sich gleich geblieben (352; Pap. Lond. CCCXXVII). Immer aber wird der augenblickliche Besitzstand mit dem des verflossenen Jahres verglichen. Daraus folgt notwendig, daß auch[90]) diese Deklarationen alljährlich einzureichen waren."

Derjenige also, der bewegliches Vermögen deklariert, gibt nur das an, was er tatsächlich hat; er motiviert eventuell, wie es kommt, daß sein Besitzstand sich vergrößert bezw. sich vermindert hat.

Dem gegenüber aber finden wir unter den Deklarationen über Grundstücke eine ganze Reihe, in denen nicht ein Eigentümer sein Eigentum anmeldet, sondern die Verkaufsabsicht[91]). Diese Gegenüberstellung allein dürfte genügen, zu zeigen, wie wenig die beiden Arten von Urkunden miteinander gemein haben.

Das zitierte Schema von Wilcken zeigt weiter, daß bei den Deklarationen über Viehbesitz etc. auf die des Vorjahres Bezug genommen wird[92]); das berechtigt zweifellos dazu, anzunehmen, daß die ἀπογραφαὶ alljährlich einzureichen waren[93]). Auch dies stellt sich ganz anders dar, wenn wir die Grundsteuerdeklarationen betrachten. Eine Bezugnahme auf das Vorjahr finden wir bei diesen niemals, wohl aber eine solche

---

[89]) S. o. S. 164, Anm. 87.

[90]) Die hier zitierten Urkunden sind nur solche, welche sich auf Viehbesitz beziehen.

[91]) Z. B. B. G. U. 184, 379; vgl. auch Wilcken I, S. 463.

[92]) Vgl. insbesondere B. G. U. 51, 52, 133; auch Hermes 28, S. 239.

[93]) U. a. auch Archiv I, S. 187.

auf eine ergangene Verordnung [94]), wie uns auch solche Verordnungen [95]) selbst erhalten sind.

Wenn wir nun noch in Betracht ziehen, daß, wie unten [96]) zu zeigen sein wird, die Grundstücksübereignungen von der Prüfung und Anweisung durch die Steuerbehörde abhängig waren, also stets vor Vollzug angemeldet werden mußten, so geht daraus zweifellos hervor, daß die Steuerprofessionen über Grundstücke nicht jährlich geschahen; denn es war gewiß weder dem Käufer noch dem Verkäufer zuzumuten, daß sie mit der Besitzübergabe bis zum Schlusse des Jahres warten sollten.

Wir kommen vielmehr zu dem von Mitteis gewonnenen Resultat [97]). Danach ist allerdings anzunehmen, daß, wie oben ausgeführt, das Mobiliarvermögen alljährlich neu einbenannt werden mußte, wie dieses ja auch der Natur der Sache entsprechend häufigeren Veränderungen ausgesetzt ist. Der Immobiliarbesitz dagegen ist konstanter und eine häufige Deklarierung deshalb nicht erforderlich. Als Grundlage dienten die bei den Behörden angelegten Kataster und in diesem Rahmen wurden die von den Verkäufern angezeigten Grundstücksveränderungen gemäß den einzureichenden ἀπογραφαὶ buchmäßig festgelegt. Riß einmal infolge der Nachlässigkeit der Grundstücksinhaber oder durch die Unachtsamkeit der bei den Behörden Angestellten eine allzugroße Unordnung ein, so half der Erlaß eines Statthalters, der anordnete, daß aller Immobiliarbesitz bis zu einem bestimmten Termine neu zu deklarieren war [98]).

---

[94]) Archiv a. a. O., z. B. B. G. U. 459: κατὰ τὰ ὑπὸ τοῦ κρατίστου ἡγεμόνος Φλαουίου Τιτιανοῦ κελευθέντα ἀπογράφομαι.

[95]) Oxyr. Pap. I, 34; vgl. unten S. 171; Oxyr. Pap. II, 237; vgl. unten S. 178 ff.

[96]) S. S. 170 ff., 182.

[97]) Archiv I, S. 187; vgl. auch Oxyr. Pap. II, p. 177.

[98]) S. insbesondere Grenfell & Hunt in Oxyr. Pap., S. 178 f., die auch noch weitere Nachweise, als die oben Anm. 94 gegebenen bieten.

Daß eine solche allgemeine Katasterrevision von Zeit zu Zeit erforderlich war, kann für die damalige Zeit kaum unser Erstaunen erregen; es erhellt ohne weiteres, daß bei den geringen Hilfsmitteln, die den Beamten seinerzeit zu Gebote standen, viel leichter Unregelmäßigkeiten vorkamen, als dies heute der Fall ist.

§ 10.

Die Verbuchungsbehörden [99]).

Ganz besonderen Schwierigkeiten begegnen wir, wenn wir der Frage nach den für die Verbuchung zuständigen Behörden näher treten. Nicht daß lediglich die Unsicherheit des Textes oder die geringe Zahl an Urkunden die Beantwortung erschwert, es ist vor allem die überaus vielgestaltete Terminologie, die unzählige Menge von verschiedenen Ausdrücken, die uns in diesen Urkunden entgegentritt.

Ich möchte die Erörterung in zwei Fragen auflösen: es fragt sich einerseits, welche Behörden überhaupt mit der Verbuchung in Berührung traten, sodann aber, welche Behörde für die Führung der Kataster maßgebend war.

Daß die Verbuchung nicht lediglich in der einfachen Sammlung der ἀπογραφαὶ bestand, versteht sich eigentlich von selbst; es ist vielmehr anzunehmen, daß dieselben nur die Grundlage bildeten zu Eintragungen in die durch die amtliche Nachforschung festgestellten Bücher und Listen, die eine bequeme Uebersicht über die Immobiliarbesitzverhältnisse boten. Es kann hier auch wohl schwerlich eine einfache Zusammenfügung der Papyri zu Rollen [100]) genügt haben; es werden vielmehr auch besondere amtlich hergestellte Auszüge u. dgl. hergestellt worden sein [101]).

---

[99]) Archiv I, S. 185 f., 190 ff.; Wilcken, Ostraka I, S. 482 ff.; Hermes 34, S. 91 ff.

[100]) Vgl. Wilcken, Ostraka I, S. 478.

[101]) Vgl. besonders unten S. 182 f.

Versuchen wir zunächst einen Einblick zu gewinnen, welche Behörden überhaupt bei der Verbuchung in Frage kamen, so interessiert es vor allem, an wen die ἀπογραφαί zu richten waren. Schon diese Erörterung werden wir mit einem „non liquet" abschließen müssen. Was die Urkunden aus der Kaiserzeit betrifft[102]), ist der Unterschied der Adressen bei den ἀπογραφαὶ über Ackerland gegenüber denen über Hausbesitz auffällig[103]). Während die ersteren teils an den Strategen, den königlichen Schreiber, βασιλικὸς γραμματεύς, und den Dorfschreiber, κωμογραμματεύς[104]), gerichtet sind, teils nur an den königlichen Schreiber[105]), sind bei den letzteren durchweg die βιβλιοφύλακες τῆς δημοσίας βιβλιοθήκης[106]) oder die βιβλιοφύλακες ἐγκτήσεων[107]) als Adressaten[108]) genannt. Wilcken[109]) meint, daß alle diese Urkunden nicht nur an den beziehungsweise die speziell Genannten gerichtet gewesen seien; dies beruhe nur auf Zufall, daß nur solche Urkunden der einen Art an die einen, der anderen Art an die anderen aufgefunden seien; es sei vielmehr anzunehmen, daß zu gleicher Zeit auch Papyri gleichen Inhalts bei den ersteren an die βιβλιοφύλακες, bei den anderen an die γραμματεῖς und den Strategen etc. gesandt seien, ja daß überhaupt alle auf Immobilien bezüglichen Eingaben an sämtliche für die Katastrierung zuständigen Behörden zu

---

[102]) Die einzige relevante Urkunde aus der Ptolomäerzeit ist an den ἐπιμελητής gerichtet, über den näheres nicht festzustellen ist; vgl. Wilcken a. a. O. S. 433, 457.

[103]) Vgl. Wilcken, Ostraka I, S. 461 u. 465.

[104]) B. G. U. 139, Hermes 28, S. 236 f., Viereck a. a. O. 230 f.; s. a. B. G. U. 198.

[105]) Pap. Grenf. (II), 56; vgl. auch B. G. U. 108.

[106]) B. G. U. 112; Hermes 28, S. 233.

[107]) B. G. U. 420, 459, 536; Pap. Oxyr. I, 72.

[108]) An die βιβλιοφύλακες sind auch die gemischten Eingaben, in denen κλῆροι κατοικικοὶ neben den Häusern genannt sind — vgl. B. G. U. 420 und 536 — gerichtet; vgl. Wilcken, Ostraka I, S. 465; um einen κάτοικος handelt es sich auch in 198 (oben Anm. 104).

[109]) Wilcken a. a. O.

senden waren. Wie sich im Laufe der Arbeit zeigen wird, spricht manches für diese Annahme[110]), dennoch aber fällt mir die Merkwürdigkeit des Zufalles auf. Es erscheint allerdings auch mir sehr wahrscheinlich, daß bei den Eingaben so viel Abschriften beizugeben waren, als Behörden für die Evidenthaltung der Kataster in Frage kamen. Warum aber sollte nicht für die Verbuchung des Ackerlandes der στρατηγὸς und der βασιλικὸς γραμματεὺς in erster Linie kompetent gewesen sein, während dieselben Personen bei der Deklarierung des Häuserbesitzes überhaupt nicht in Frage kamen? Es erscheint mir außerordentlich gewagt, in dieser Beziehung im Gegensatz zu dem Ueberlieferten weitgreifende Vermutungen aufzustellen, die im Grunde durch nichts bekräftigt werden. Es erscheint das umso gewagter, als wir nach dem heutigen Stande unserer Kenntnisse mit einer, wie schon oben hervorgehoben, so außerordentlich vielgestalteten Terminologie arbeiten müssen, daß eine Abgrenzung der Kompetenzen ebensowenig möglich ist, als eine allgemeine Gleichstellung aller in Frage kommenden Behörden.

Stießen wir nämlich schon bei oberflächlicher Betrachtung und Vergleichung auf verschiedene Ausdrücke, so tritt dies bei näherem Studium immer intensiver hervor. Den βιβλιοφύλακες begegnen wir zwar sehr häufig, ja in fast allen einschlägigen Urkunden; in Verbindung mit ihnen aber werden die verschiedensten anderen Behörden, teils einzeln, teils mehrere zusammen genannt. Mitteis[111]) stellt in übersichtlicher Weise die einzelnen Bezeichnungen zusammen: er nennt z. B. das γραφεῖον, μνημονεῖον und die μνήμονες[112]), ἀγορανόμοι und ἀγορανομεῖον, die συναλλαγματογράφοι und endlich das ἀρχεῖον[113]). Dazu tritt dann noch als Behörde die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων,

---

[110]) S. u. a. oben Anm. 108.

[111]) Archiv I, S. 190 ff.

[112]) Vgl. übrigens oben § 6.

[113]) Oxyr. Pap. II, 237, 238; Pap. Lond. II, 299, Pap. Grenf. 1, 21 u. 26, B. G. U. 50, 86, 251, 252, 177, 379.

deren Vorsteher wohl die schon genannten βιβλιοφύλακες waren [114]). Außerdem spricht das Edikt eines Präfekten [115]), auf das noch zurückzukommen sein wird, von der Ἀδριάνη βιβλιοθήκη und dem Ναναῖον.

So viel über die Benennung der für die Frage in Betracht kommenden Behörden! Wir gehen nunmehr dazu über, nach Möglichkeit ihre Kompetenz und zu gleicher Zeit die „Technik der bücherlichen Eintragungen" [116]) festzustellen.

Nach Mitteis [117]) ist auszugehen von dem Begriff der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων. Sie ist offenbar die eigentliche Steuerbehörde; hier sind die Steuerlisten, hier werden die Steuern ausgeschrieben, an sie ist somit auch in erster Linie die ἀπογραφὴ gerichtet. Wir müssen annehmen, daß ein derartiges Archiv in jedem Steuerbezirke bestanden hat, für Oxyrinchos und Arsinoe sind sie oft bezeugt. In dem wiederholt genannten Edikt der Präfekten führt dies Archiv nicht den Namen βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων sondern Ἀδριάνη βιβλιοθήκη. Da alle Funktionen, die wir der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων zuschreiben müssen, auch bei dem letzteren Amte festgestellt werden können, so ist eine Gleichstellung der beiden meines Erachtens völlig unbedenklich [118]).

Neben diesem Hauptamte aber bestehen — auch das läßt sich mit Sicherheit sagen — Nebenämter, deren Stellung zum Hauptkataster festzustellen, ganz besondere Schwierigkeiten bietet. Nach Mitteis ist einfach eine „doppelte Buchführung" anzunehmen, d. h. es waren sowohl im Bezirksamte Steuerkataster angelegt, als auch in den Nebenämtern, etwa Flurbücher.

Stellen wir zunächst die positiven Tatsachen fest:

---

[114]) Archiv I, S. 185 (B. G. U. 420, 459).

[115]) Oxyr. Pap. I, Nr. 34, dazu Hermes 34, S. 91; letzteres möge man zu den ganzen Ausführungen vergleichen.

[116]) Archiv I, S. 190.

[117]) Ebenda, S. 185 f.

[118]) Vgl. ebenfalls Archiv I, S. 185 f., ferner Hermes 34, S. 91 f.

Das vielgenannte Edikt[119]), das die Eintragungen regeln soll, bezeichnet sowohl die Ἁδριάνη βιβλιοθήκη[120]) als auch das Ναναῖον[121]) als Bibliothek. Beide sollen nebeneinander bestehen und zwar soll das Ναναῖον den Weisungen der demnach offenbar übergeordneten „Hadrianischen Bibliothek" nicht nur Folge leisten, sondern ohne Anweisung überhaupt keine Eintragungen vollziehen, auch keine anderweitigen Aenderungen vornehmen:

ὁ ἐπιτηρητὴ[ς] τοῦ Ναναίου μ[ήτ]ε τὰ ἐκδόσιμα διδότω μήτε ἐπ[ισκέψ]ασθαι ἐπιτ[ρ]επέτω μήτ[ε ἄ]λλον οἰκονομείτω πρὶν αὐτῷ ἐπιστέλλη[τ]αι ὑπὸ [το]ῦ τῆς Ἁδριανῆς βιβλι[ο]θήκης ἐπιτηρητοῦ, ἐπεὶ ὑπεύθυνός ἐστιν ὡς παραλογίσασθαί τι βουληθεὶς τῶν δεόντων[122]).

Das wird bestätigt und weiter ausgeführt durch das Edikt des Mettius Rufus[123]), wenn es heißt:

παραγγέλλω [δὲ καὶ τοῖς συναλλαγματογράφοις καὶ τοῖς μνήμοσιν μηδέν δίχα ἐπιστάλματος τοῦ βιβλιοφυλακίου τελειῶσαι[124]).

Diese beiden Zeugnisse ergeben einerseits einen Parallelismus zwischen der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων und der Hadrianischen Bibliothek, anderseits dem μνημονεῖον und dem Ναναῖον: sie lassen auch die Unterordnung der beiden Aemter klar erkennen. Die Frage aber bleibt noch vollkommen offen, ob wiederum die Ausdrücke συναλλαματογράφοι und μνήμονες lediglich dem lokalen Sprachgebrauch Rechnung tragen.

Folgen wir den Ausführungen von Mitteis[125]) so ist das allerdings der Fall; ja alle die in derselben Hinsicht vorkommenden Ausdrücke sollen gleichzustellen sein, wofür

---

[119]) Text im Oxyr. Pap. I, Nr. 34; vgl. Hermes a. a. O., Archiv a. a. O.

[120]) Offenbar eine neue Einrichtung.

[121]) Das schon vorher bestand.

[122]) Col. II, lin. 5 ff.

[123]) Im Prozeß der Dionysia, vgl. unten S. 178 ff.

[124]) Oxyr. Pap. II, 237, col. 8, I 36 ff.

[125]) Archiv I, S. 190 ff.; Hermes a. a. O.

Mitteis eine Reihe von Belegen anführt, die jedoch meines Erachtens nicht ausschlaggebend sind[126]).

Es ist allerdings richtig, daß tatsächliche Kompetenzverschiedenheiten nicht nachgewiesen werden können. Mitteis aber übersieht vollkommen den von mir oben hervorgehobenen Unterschied bei den Adressen der Deklarationen[127]). Sollte dieser nicht einen Fingerzeig für die Annahme von Kompetenzverschiedenheiten bieten? Ich möchte nicht der Mitteisschen Ansicht geradezu widersprechen; ich will nur hervorheben, daß eine Kompetenzverschiedenheit mit vollem Rechte ebensowohl anzunehmen ist, wie eine vollkommene Gleichstellung sämtlicher Unterbehörden. Es erscheint immerhin besser, die Frage offen zu lassen, als, bevor wir unumstößliche Beweise in Händen haben, wie sie sich vielleicht schon unter der Fülle des noch nicht edierten Materials finden, Vermutungen und Annahmen aufzustellen, die möglicherweise das tätige Weiterarbeiten auf dem Gebiete erschweren und auf unsere Objektivität störend einwirken.

Dies hindert uns aber nicht bei dem Versuche, uns ein Bild von den Vorgängen bei der Eintragung zu machen, das Resultat, das Mitteis aus seinen Betrachtungen gewinnt[128]), als richtig anzukennen:

„Der Hergang bei der Grundübertragung ist, ... der, daß zunächst ein Gesuch bei der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων eingereicht werden muß, welche den Vollzug den untergeordneten Urkundsämtern aufträgt."

„Das muß man sich, ..., so vorstellen, daß die Unterämter (γραφεῖον, μνημονεῖον u. s. f.) überhaupt jede Mitwirkung zu einem auf Grundübertragungen gerichteten Rechtsgeschäft zu verweigern hatten, so lange sie nicht dazu angewiesen

---

[126]) Eine nähere Ausführung würde zu weit führen; vgl. Anm. 125.

[127]) S. oben S. 168 f.; Mitteis selbst weist darauf hin, daß die Deklarationen über Mobilien an den Strategen etc. gerichtet waren; Archiv I, S. 185.

[128]) Archiv I, S. 192, 193.

waren. Mit anderen Worten, es durfte vorher Kauf, Schenkung, Verpfändung u. s. w. von Grundstücken nicht legalisiert, d. h. nicht notariell beurkundet werden."

Das bedarf näherer Ausführung, am klarsten wird es werden, wenn wir uns die geschichtliche Entwicklung vorstellen; diese ist etwa so zu denken:

Zunächst standen auf der einen Seite die Steuerbehörden, auf der anderen Seite die Notariate [129]), die einen katastrierten den Grund und Boden um der Steuererhebung willen, die anderen nahmen die auf Grund und Boden bezüglichen Urkunden im Interesse des Besitzers auf, verwahrten und sammelten sie. Das Archiv verlangte vom Verkäufer die Anzeige des beabsichtigten Verkaufs, damit die Steuerkataster in Evidenz gehalten werden konnten, die Notariate erhielten durch ihre Tätigkeit Aufschluß über die Grundstücksveräußerungen, sie mußten später sogar diesen Aufschluß erhalten, da sonst die Verträge ungültig waren; war doch das Notariat im Laufe der Zeit zu einer mit großer Machtbefugnis ausgestatteten Behörde geworden [130]). Bei dieser Entwicklung lag nichts näher, als das Notariat dem Zwecke der Steuerbehörde dienstbar zu machen; das geschah dadurch, daß die Notariate nunmehr keinen Grundstücksübergang veranlassen durften, bevor sicher war, daß die Steuerbehörde in Kenntnis von dem Besitzwechsel gesetzt war. Aber auch den Kontrahenten kam dies Hand-in-Hand-arbeiten der Behörden zu gute; doch darüber später [131])!

Wenn Mitteis [132]) nun noch aus dem μετέωροι οἰκονομίαι [133]) auf eine Vormerkung in unserem Sinne schließen

[129]) S. oben S. 155 ff.

[130]) Vgl. insbesondere Hermes 30, S. 592 ff.

[131]) S. unten S. 174 f.; vgl. auch Archiv S. 198, Pap. E. R. S. 2030 bis 2034.

[132]) Archiv I, S. 193 ff.

[133]) Insbesondere Pap. Oxyr. 2, 238, 241—243; B. G. U. 243, C. P. R. 1, 104 lin. 17 ff.

will, so möchte ich mir versagen, darauf näher einzugehen; alle in Frage kommenden Urkunden sind so verstümmelt und im Text wie in der Interpretation so lückenhaft, daß ich selbst bei größter Sorgfalt bestenfalls in die Lage käme, nur Vermutungen an die Stelle positiver Erkenntnis zu setzen.

§ 11.

Einzelne auf die Verbuchung bezügliche Urkunden.

Stießen wir bei den oben erörterten Fragen über die „Technik der bücherlichen Eintragungen“ auf unüberwindliche Hindernisse, so gewähren im Gegensatz dazu die nunmehr zu erörternden Urkunden, die uns mit dem Werte der Verbuchung vertraut machen sollen, einen festen Stützpunkt für weit ausschauende Erörterungen.

Wenn wir zunächst das Kaufregister von Tenos mit den Grundstückskatastern vergleichen, so müssen wir uns vor allem wieder von neuem vor Augen halten, daß das erstere im Interesse des Privatverkehrs errichtet ist, die Grundstückskataster dagegen ihren Ursprung haben in der Steuerveranlagung, und daß dieser rein öffentliche Zweck ihr vornehmster geblieben ist auch im höchsten Stadium der Entwicklung des Publizitätsgedankens. Wir könnten dementsprechend den ganzen oben geschilderten Vorgang einfach so auffassen, daß die Unterämter, also die Notariate, von den Anweisungen der eigentlichen Steuerbehörde nur deshalb abhängig waren, um die Evidenzhaltung der Steuerkataster zu gewährleisten. Dieser Auffassung aber widersprechen eine ganze Reihe von Urkunden, und so gewinnen die obigen Erörterungen eigentliches Interesse für den Juristen erst in Verbindung mit diesen, die somit auch einer eingehenden Erörterung bedürfen.

Von wie großem Wert die Steuerkataster allmählich für den Privatverkehr wurden, dafür liefert einen schönen Beweis zunächst die Beobachtung, daß sowohl Behörden als auch die

Kontrahenten sich für die Größe etc. ihrer Grundstücke auf den Inhalt der Steuerkataster beziehen[134]).

Insbesondere B. G. U. 94 und 667 lassen sich, obgleich beide Urkunden ziemlich verstümmelt sind, „auf Grund bekannter formelhafter Wendungen" mit Sicherheit so ergänzen, daß klar daraus hervorgeht: der Verkäufer verkauft sein Grundstück „ἐπὶ τοῖς οὖσι αὐτῶ[ν] ὁρίοις καὶ ποτίστραις κτλ [κατὰ τὴν ἐξ ἀρχῆς καὶ μέ[χρι τοῦ νῦν συνήθιαν καὶ ὡς διὰ δημοσίων βιβλίω[ν χρηματίζουσι?][135]). Die δημόσια βίβλια aber sind die Grundstückskataster, denn der Verkäufer beruft sich dabei auf die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων, die wir oben als die eigentlich zuständige Behörde kennen gelernt haben.

Zweifelhaft erscheint mir, ob man mit Wilcken[136]) auch Pap. Oxyr. I, 100 mit Recht hierher stellen kann; daß καταγραφὴ, wie Wilcken meint, ein terminus technicus für die Kataster ist, scheint mir durch nichts unterstützt zu sein. Ich nehme vielmehr mit Mitteis[137]) an, daß die καταγραφὴ nicht auf den Kataster, sondern vielmehr auf die Originalurkunde des Kaufkontraktes hinweist; dann hat der Papyrus natürlich für die vorliegende Frage keine Beweiskraft.

Aber schon die oben hervorgehobenen Urkunden sind von außerordentlichem Interesse. Es erhellt daraus ohne weiteres, daß die Steuerkataster privaten Zwecken tatsächlich dienten, mithin wenigstens in gewisser Weise öffentlichen Charakter hatten; aber auch hier schon wird bewiesen, daß offenbar die Privatleute Einsicht in die Kataster hatten; denn ohne diese würde die Berufung auf den Inhalt desselben wertlos sein.

Dieser letzte Punkt tritt aber noch schärfer hervor in Pap. Oxyr. I, 78[138]). Hier beschwert sich ein Besitzer darüber,

---

[134]) Archiv I, S. 189, Wilcken, Ostraka I, S. 483 f.

[135]) Auch von Wilcken a. a. O. zitiert.

[136]) Wilcken a. a. O. S. 484.

[137]) Archiv I, S. 190, Anm. 1.

[138]) Vgl. Archiv I, S. 187; Wilcken Ostraka I, S. 484.

daß τῇ τοῦ πραγματικοῦ ἀγνοίᾳ[139]) noch immer die Umschreibung des Grundstücks auf seinen Namen nicht erfolgt ist: ἐν τῷ νῦν | προτεθέντι κατ' ἄνδρα βιβλίῳ εὗρον ταύτας ἐπ' ὀ|νόματος τῆς προκτη|τρίας προσγεγραμμένας[140])." Der Beschwerdeführer hatte also die Möglichkeit, die fraglichen Bücher einzusehen, wahrgenommen, und dabei diese Entdeckung gemacht; dem unzweideutigen Inhalte dieser Urkunde gegenüber kann kein Zweifel mehr aufkommen. Wir ersehen aber aus dem Papyrus noch mehr. Der Beschwerdeführer mußte doch, wenn er Berichtigung forderte, persönliches Interesse an der Richtigkeit des Buchinhaltes haben. Lediglich vom Standpunkte der Steuerveranlagung aus läßt sich ein solches nicht erklären. Gewiß würde es einleuchten, wenn etwa der Vorgänger eine derartige Beschwerde führte, daß er nämlich noch immer als Eigentümer eingetragen sei, obgleich er sein Grundstück übereignet hätte, denn es hat sicherlich niemand Lust, für einen anderen Steuern zu entrichten, und das wäre doch offenbar der Fall gewesen, wenn der Kataster ihn noch als Inhaber gekennzeichnet hätte; jedenfalls wäre es für ihn nicht leicht gewesen, bei dem, wie aus allem bisher Geschilderten hervorgeht, außerordentlich komplizierten Apparate den Gegenbeweis zu liefern gegen den Inhalt des Katasters; zum mindesten würde er sich unangenehmen Weiterungen ausgesetzt haben[141]).

---

[139]) lin. 24, 25.

[140]) lin. 18 ff.

[141]) Es spricht überhaupt manches für die Annahme, daß der katastermäßige Besitzer schlechthin für die Zahlung der Steuer aufzukommen hatte, insbesondere auch, daß der neue Erwerber, sobald der Eigentumsübergang deklariert war, dem Staate auch für die etwa rückständigen Beträge haftete, ja, daß event. das Grundstück dem säumigen Zahler entzogen werden konnte (vgl. insbesondere Wilcken, Ostraka Bd. I, S. 567 f.). Als zweifellos kann man diese Annahme wohl für die spätere Kaiserzeit hinstellen (vgl. Matthiaß, Die römische Grundsteuer und das Vektigalrecht [Erlangen 1882], S. 39 f., 47). Dabei darf allerdings nicht vergessen werden, daß nunmehr die Steuererhebung schon völlig von römischen Gedanken beherrscht wird und auch die Zwangs-

So aber, wie hier der Fall liegt, hat der Käufer kein Interesse in der Berichtigung von diesem Standpunkte aus. Wenn er sich trotzdem veranlaßt sah, Schritte zu tun, so ist das nur so zu erklären, daß er wirklich Vorteil davon hatte; dieser Vorteil lag aber vor allem darin, daß er bei etwaiger Weiterveräußerung im Buche als Besitzer vermerkt sein mußte, wenn er sich nicht großen Unannehmlichkeiten aussetzen wollte.

Nicht allein jedoch die Möglichkeit, die öffentlichen Bücher bezw. Auszüge aus denselben einzusehen, war dem Interessenten gegeben, die zuständigen Behörden waren auch verpflichtet, etwaige Auskunft über den Besitzstand zu geben. Hierher gehören unter anderem B. G. U. 5 und 11 [142]). Speziell in 11 geben die βιβλιοφύλακες Auskunft über den derzeitigen Eigentümer des fraglichen Grundstücks und über die Zeit des Erwerbes. Von ganz besonderem Interesse ist der, übrigens auch von Wilcken [143]) zitierte Satz: Δηλ[οῦμεν] [τὸν τ]ῆς Κερκεσούχω(ν) Ὄρους κωμογρ[αμματέα] ὀφείλειν περὶ τούτο[ν π]ροςφων‹εῖ›σται διὰ τὸ τὸ ὑπάρχον ἐκεῖ δεδηλ(ῶσθαι). Es erhebt sich hier wiederum die oben erörterte Frage nach den Bezeichnungen der Behörden; in diesem Falle nach dem Begriff des κωμογραμματεύς. Wiederum mag es zweifelhaft erscheinen, welche Stellung dieser im Archivwesen eingenommen hat. Soviel aber läßt sich mit Sicherheit sagen, daß es jedenfalls eine Behörde gegeben hat, die zur Auskunft verpflichtet war — ὀφείλειν —; daß dies nur eine solche sein konnte, die mit der Katasterbehörde in Verbindung stand, erhellt ohne weitere Erörterungen [144]). Gerade aber diese Auskunfts-

---

mittel gegen den Steuerschuldner streng römischen Charakter tragen (Generalpfandrecht des Fiskus, Eigentum des Staates am Provinzialboden); es kann daher sehr zweifelhaft sein, ob ein Rückschluß auf die früheren Einrichtungen berechtigt erscheinen darf.

[142]) Vgl. Hermes 28, S. 234; Wilcken, Ostraka I, S. 486.

[143]) a. a. O.

[144]) Meines Erachtens kann es keinem Zweifel unterliegen, daß der κωμογραμματεύς auf den Notariatsschreiber hinweist. Wenn nun die βιβλιοφύλακες die Verpflichtung zur Auskunftserteilung ihrerseits ab-

pflicht gewährleistet offenbar eine Oeffentlichkeit der ganzen Institution.

Die Auskunftspflicht des κωμογραμματεύς[145]) tritt auch im Hermiasprozeß hervor, in dem es sich um Auskunft darüber handelt, auf wessen Namen ein Grundstück im Kataster geschrieben ist[146]).

Diese Auskunftspflicht scheint, wenn wir uns auf das Zeugnis Wilckens verlassen wollen, schon in der Ptolomäerzeit bestanden zu haben. Dafür spricht eine Auskunft an den τοπογραμματεύς[147]) über den Wert eines Grundstücks, die allerdings im fiskalischen Interesse erteilt wird[148]).

Bei näherer Prüfung der ganzen Katastereinrichtungen begegnen wir dieser Auskunftspflicht der Behörden nicht nur bei den Grundstückskatastern; dieselbe Beobachtung ist auch bei den Personallisten zu machen, die in ähnlicher Weise dem Publikum zur Verfügung standen[149]).

§ 12.

Insbesondere der Prozeß der Dionysia[150]).

Im Mittelpunkte des Interesses steht zweifellos die nunmehr zu erörternde Urkunde, der sogenannte Prozeß der Dio-

---

lehnen und als zuständig den κωμογραμματεύς bezeichnen, so spricht das entschieden dafür, daß die Tätigkeit des Notariats, also gewissermaßen die Tätigkeit der Flurbuchbehörde, vor allem dem Interesse der Kontrahenten diente, während die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων vorzugsweise Steuerbehörde war (vgl. übrigens Wilcken a. a. O.).

[145]) Neben ihm wird der τοπογραμματεύς genannt.

[146]) Pap. Tur. I. 4, 5 ff.

[147]) Das Nähere s. bei Wilcken, Ostraka I, S. 485 f.

[148]) „Aktenstücke der königlichen Bank“ I—IV. Mir war die fragliche Urkunde leider nicht zugänglich, so daß ich von einer genaueren Prüfung der Wilckenschen Bemerkungen absehen mußte.

[149]) S. insbesondere Wilcken, Ostraka, S. 486 f.

[150]) An Literatur kommen lediglich in Frage die Kommentierung von Grenfell-Hunt in Oxyr. Pap. II, Nr. 237, woselbst sich auch der Text der Urkunde findet, und Archiv I, S. 178 ff.

nysia. Sie bildet gewissermaßen den Abschluß der ganzen bisher erörterten Fragen, nicht nur, soweit es sich um die Arten der Verbuchung handelt, sondern besonders auch, soweit die Frage der Publizität im griechischen Rechte in Betracht kommt. Der „Prozeß der Dionysia“ [151]) ist zugleich der größte, inhaltreichste und auch neueste Fund auf dem hier erörterten Gebiete. Er stellt die ganzen bisher erörterten Fragen auf einmal in neues Licht, bestätigt früher vielleicht nur leise und zaghaft angedeutete Vermutungen und nimmt anderen die Lebenskraft.

Um einen Begriff von dem Inhalte des Papyrus zu geben, mag hier zunächst ein allgemeiner Ueberblick über denselben gegeben werden. Mitteis stellt den der Eingabe zu Grunde liegenden Sachverhalt etwa, wie folgt, dar [152]).

Dionysia, die bei ihrer Verheiratung mit dem Aegypter Horion von ihrem Vater Chairemon die κτῆσις oder κατοχή an einem Grundstück als Aussteuer erhalten hat, dessen Fruchtgenuß — χρῆσις — jedoch der Vater zunächst selber hat, gibt ihre Zustimmung zur Verpfändung dieses Grundstückes an die Gläubiger des Vaters und macht jetzt — aus welchem Grunde, ist nicht ersichtlich — Ansprüche auf die Nutzung des Gutes. Chairemon aber strengt gegen seine Tochter die Klage wegen rechtswidrigen Besitzes — περὶ ἀνόμου κατοχῆς — an. Im Laufe dieses Prozesses stellt sich heraus, daß das Recht der Tochter in der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων ordnungsmäßig verbucht ist, und damit wird die Klage des Vaters gegenstandslos. Er versucht nunmehr auf anderem Wege zu seinem Recht zu kommen, indem er seine Tochter gegen ihren Willen ihrem Manne entziehen will. Gegen diesen Versuch ihres Vaters geht Dionysia in ihrer Eingabe vor. Neben der prozessualen

---

[151]) Der bisher allgemein angenommene Titel stimmt mit dem Inhalte der Urkunde wohl kaum überein, es ist jedenfalls viel wahrscheinlicher, daß sie eine Eingabe oder dergleichen in einem Prozesse darstellt; vgl. die oben Zitierten.

[152]) a. a. O. S. 179.

Frage, inwieweit es zulässig ist, vermögensrechtlichen Klagen anderweitige „ἐγκλήματα“ entgegenzusetzen[153]), sowie der Erörterung der Behauptung, daß großjährige Frauen ihren Männern nicht entzogen werden dürfen[154]), tritt hier zum ersten Male eine Berufung auf die Verbuchung der dinglichen Rechte, in diesem Falle der κατοχή[155]), in der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων in vollkommen unzweideutiger Weise hervor. Von wie großem Interesse die Urkunde auch in ihren sonstigen Bestandteilen sein mag, wir haben uns lediglich mit dieser letzten Frage zu beschäftigen.

Betrachten wir zunächst die von Dionysia zum Beweise ihrer Behauptungen zitierten Edikte der Statthalter Marcus Mettius Rufus (Präfekt unter Domitian) und Flavius Sulpicius Similis!

Das Edikt des Mettius Rufus[156]), das für unsere Fragen am meisten bietet, übersetzt Mitteis, wie folgt[157]):

„Es ist Klage geführt worden, daß seit langer Zeit die διαστρώματα in der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων nicht ordentlich geführt worden sind, wovon Verwirrung entstanden ist in den Privat- und öffentlichen Angelegenheiten.

Darum sollen, wie schon frühere Präfekten verordnet haben, alle Besitzer (κτήτορες) innerhalb sechs Monaten ihren Besitz bekennen (ἀπογράφασθαι) zu der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων und ihre Hypothekargläubiger mit deren Pfandrechten namhaft machen, und die anderweitig Berechtigten; diese Angaben sollen sie machen unter Nachweis ihres Besitztitels. Es sollen

---

[153]) Archiv I, S. 180 ff.

[154]) Daselbst S. 180, 343 ff.

[155]) Vgl. daselbst S. 333 f.

[156]) Col. VIII, lin. 27—40.

[157]) Vergleiche Archiv I, S. 184; von einer Wiedergabe des Textes sehe ich ab, zumal derselbe jedem Interessenten leicht zugänglich sein wird, die Uebersetzung von Mitteis auch meines Erachtens zu wesentlichen Zweifeln keinen Anlaß gibt; vgl. übrigens auch die Uebersetzung von Grenfell-Hunt in Oxyr. Pap. II, Nr. 237, auch S. 176, Anm. 27. Einen Teil derselben habe ich unten S. 181 wiedergegeben.

auch die Frauen beim Besitz ihrer Männer es angeben, wenn nach Landrecht ihnen das Vermögen als Pfand haftet, ebenso auch die Kinder beim Besitz ihrer Eltern, wenn ihnen nach deren Tode an deren Vermögen das Eigentum durch öffentliche Urkunden verfangen ist und den Eltern nur der Nutzgenuß vorbehalten blieb. Dies alles, damit nicht die (dritten) Kontrahenten durch Unkenntnis getäuscht werden."

Soweit Mitteis, der eine Uebersetzung des Folgenden nicht bringt; des besseren Verständnisses wegen, sowie auch der Vollständigkeit halber mag die weitere Uebersetzung von Grenfell-Hunt hier folgen[158]):

„I also command all scribes and recorders of contracts not to execute contracts without an order from the record-office, and warn them that not only will failure to observe this order invalidate their proceedings, but they themselves will suffer the due penalty of their disobedience. If the record-office contains any registrations of property of earlier date let them be preserved with the utmost care, and likewise the official abstracts of them, in order that, if any inquiry is made here after concerning false returns, those documents and the abstracts from them may supply the proofs. Therefore in order that the use of the abstracts may become secure and permanent, and prevent the necessity of another registration, I command the keepers of the record-office to revise the abstracts every five years and to transfer to the new ones the last statement of property of each person arranged under villages and classes. The 9th year of Domitian, Domitianus 4."

Ich nehme nunmehr Anlaß, auf einige Fragen, die im wesentlichen schon oben erörtert sind, an der Hand des Edikts in Kürze zurückzukommen.

Bestätigt wird insbesondere meine oben ausgeführte Ansicht, daß von jährlichen ἀπογραφαὶ in Bezug auf Immobilien nicht gesprochen werden kann. Nach der ganzen Anlage des

[158]) Oxyr. Pap., S. 176.

Edikts — es sind Klagen geführt worden u. s. w. — liegt eine große Aehnlichkeit mit dem Edikte des Präfekten[159]) auf der Hand. Wir haben hier also einen zweiten Beweis für eine extra angeordnete Katasterrevision.

Des weiteren gewährt die Urkunde einen Einblick in die Abhängigkeit der Notariate von dem übergeordneten städtischen Archiv: παραγγέλλω δὲ καὶ τοῖς συναλλαγματογράφοις καὶ τοῖς μνήμοσι μηδὲν δίχα ἐπιστάλματος τοῦ βιβλιοφυλακίου τελειῶσαι[160]). Durch die Worte des Edikts wird insbesondere auch die Ansicht bestätigt, daß die Unterämter Notariate sind, so daß die Verbuchung durch diese Behörde immerhin etwas wesentlich anderes darstellt, als diejenige durch den Hauptkataster; das eine würde mehr eine Urkundensammlung sein, das andere direkt die Verbuchung des Eigentumes, erstere im Dienste des privaten Verkehrs, letztere vorwiegend zum Zwecke der Steuereintreibung[161]).

Von ganz besonderem Interesse ist der Hinweis auf die διαστρώματα. Wenn wir oben gesehen haben, daß die einzelnen Personen in der Lage waren, die Kataster einzusehen, so wird uns nunmehr durch den Prozeß der Dionysia auch gezeigt, in welcher Weise die Bücher dem größeren Publikum zugänglich gemacht wurden.

Nach dem Zeugnis des Ediktes[162]) begnügte man sich nicht mit dem bloßen Zusammenstellen der ἀπογραφαὶ wie vor Auffindung dieser Urkunde angenommen wurde; es wurden vielmehr aus denselben Auszüge hergestellt, die eine gute Uebersicht über die ganzen Besitzverhältnisse boten. Diese Einrichtung ist nicht etwa erst von Mettius Rufus geschaffen, er weist vielmehr selbst auf die διαστρώματα aus früheren Zeiten hin, die er direkt neben die ἀπογραφαὶ stellt[163]).

[159]) S. oben S. 172.

[160]) lin. 36.

[161]) Selbstverständlich ist, daß die Notariate so gut „öffentlich" waren wie das Archiv.

[162]) Col. 8, lin. 38 f.

[163]) Ἐὰν δ' εἰσὶν ἐν τῇ βιβλιοθήκῃ τῶν ἐπάνω χρόνων ἀπογραφαί,

Der Präfekt weist dann die βιβλιοφύλακες an, in welcher Weise die διαστρώματα anzufertigen sind; sie sollen angelegt werden μεταφερομένης τῆς τελευταίας ἑκάστου ὀνόματος ὑποστάσεως κατὰ κώμην καὶ κατ' εἶδος [164]). Es wird dann weiter vorgeschrieben, daß die διαστρώματα von fünf zu fünf Jahren „nach dem jüngsten Vermögensstand rektifiziert werden, damit eine allgemeine Katasterrevision im Wege der ἀπογραφαὶ in Zukunft nicht mehr erforderlich würde" [165]). Also Anfertigung eines genauen Registers nach Personalfolien und alle fünf Jahre Revision derselben [166]).

Tatsächlich boten die διαστρώματα eine ausgezeichnete Uebersicht; das beweist uns ein ebenfalls vor noch nicht langer Zeit aufgefundener Papyrus, der ein solches διάστρωμα vorstellt [167]). Genau dem Edikte entsprechend sind die Objekte verzeichnet, die Besitzverhältnisse und Belastungen von verschiedenen Händen und aus verschiedenen Zeiten datierend angegeben.

Wir wenden uns nunmehr der Betrachtung eines ganz besonders auffallenden Satzes zu: ἵνα οἱ συναλλάσσοντες μὴ κατ' ἄγνοιαν ἐνεδρεύονται [168]). Hier haben wir den „dokumentarischen Beweis", wie Mitteis sagt [169]), „daß der Gedanke der Publizität des Grundbesitzes und der dinglichen Rechte an Grundstücken schon im Altertum mit Bewußtsein erfaßt worden war".

Tatsächlich geht aus diesem Zusatz ohne weiteres hervor, daß die ἀπογραφαὶ nicht nur zum Zwecke der Steuererhebung angeordnet waren, sondern daß sie auch bestimmt waren, dem

---

μετά πάσης ἀκρειβείας φυλασσέσθωσαν ὁμοίως δὲ καὶ τὰ διαστρώματα (Col. VIII, lin. 38 ff.).

[164]) lin. 42; zitiert auch von Mitteis im Archiv I, S. 199.

[165]) lin. 41—43.

[166]) Vgl. Archiv I, S. 198.

[167]) Oxyr. Pap. II, Nr. 274; vgl. Archiv I, S. 199.

[168]) lin. 36.

[169]) Im Archiv I, S. 184.

Publikum zu dienen: damit die Kontrahenten nicht durch Unkenntnis getäuscht werden[170]).

Auf dies Edikt des Mettius Rufus beruft sich Dionysia, wenn sie ausführt:

δὴ καὶ ὅτι τὰς συγγραφὰς πα[ρα]τίθεσθαι τοῖς βιβλιοφυλακίοις νόμιμον καὶ τὰς ἐκ τούτων γενομένας κατοχὰς πάντες ἡγεμόνες καὶ αὐτοκράτορες κυρίας [εἶν]αι καὶ βεβαίας τεθελήκασι, καὶ ὅτι οὐδενὶ ἐφεῖται λέγειν πρὸς τὰ ἑαυτοῦ γράμματα[171]).

Diese gesetzlich vorgeschriebene Anmeldung zur Verbuchung ihres Rechtes aber hat Chairemon selbst veranlaßt: ἃ αὐτὸς εἰςήνεγκεν εἰς τὸ βιβλιοφυλάκιον περί τούτου ὑπομνήματα[172]).

Dionysia führt also aus, daß ihre Rechte an dem Grundstücke unanfechtbar seien, da dieselben ordnungsmäßig von dem Veräußerer, ihrem Vater, in der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων angemeldet und auch eingetragen sind. Darin ist der Gedanke der Publizität unverkennbar. Selbstverständlich aber kann man, wie Mitteis mit Recht ausführt[173]), nicht ohne weiteres auf eine publica fides des Katasters schließen. Eine so hohe Entwicklung anzunehmen, sind wir durch die vor-

[170]) Ich verkenne hierbei nicht, daß eine Unkenntnis der „Kontrahenten“ auch in Bezug auf die Berichtigung der Steuerabgaben von wesentlicher Bedeutung sein kann, eine genaue Evidenzhaltung des Katasters mithin auch von diesem Standpunkte aus für den Erwerber von Interesse war. Wollen wir z. B. die auf S. 176, Anm. 141 aufgestellte Vermutung als richtig annehmen, daß nämlich der bücherlich Eingetragene schlechthin für etwaige Steuerrückstände haftet, so liegt darin ohne weiteres ein Beweis für unsere Behauptung; dennoch glaube ich, daß die Ausführungen im Edikt weniger auf diese Gesichtspunkte, als auf den Gedanken der Publizität hinweisen.

[171]) Col. VII, lin. 17 f.; Grenfell-Hunt übersetzen: and thirdly that it is lawful, to deposit contracts in the public archives, and the claims arising from these contracts have been recognized by all praefects and emperors to be valid and secure, and no one is permitted to contradict his own written engagements.

[172]) Col. V, lin. 24.

[173]) Mitteis im Archiv I, S. 184, Anm. 1, u. S. 195, Anm. 1.

liegenden Zeugnisse noch immer nicht berechtigt. Allerdings sagt ja der Präfekt ausdrücklich[174]), daß die von den Unterämtern ohne vorherige Anweisung durch die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων vollzogenen Kontrakte nichtig sein sollen, γνοῦσιν ὡς οὐκ ὄφελος τὸ τοιοῦτο. Es erheben sich aber doch neben den Zweifeln, ob die Uebersetzung vollkommen das Richtige trifft, die Bedenken, daß es keinesfalls vollkommen sicher ist, daß überhaupt jeder Vertrag über ein Grundstück, um gültig zu sein, vor dem Notariat geschlossen werden mußte; es muß jedenfalls einstweilen noch angenommen werden, daß auch ein außerbücherlicher Verkauf durchaus möglich war. Konnte es doch z. B. vorkommen, daß ein Haus überhaupt nicht in den Kataster eingetragen war, wie uns B. G. U. 243 zeigt[175]), in dem ein Besitzer nachträglich um Registrierung seiner κτῆσις bittet[176]).

Zweiter Teil.

Die Verbuchung der Belastungen.

§ 13.

Die Publizität der Pfandrechte im älteren Rechte.

Wie wir für die Publizität des Eigentums eine Reihe von Belegen schon im Rechte des europäischen Griechenlands fanden, so können wir dieselbe Beobachtung auch in Bezug

---

[174]) Col. VIII, lin. 37.

[175]) Vgl. vor allem Archiv I, S. 196, Hermes 30, S. 604.

[176]) Es erscheint überhaupt sehr zweifelhaft, ob der Richter an die Eintragung gebunden war, ob es nicht vielmehr seiner freien Beweiswürdigung unterlag, wie weit er auf die bücherlichen Eintragungen Gewicht legen wollte. Daß er aber unter Umständen die Berufung auf den Kataster als beweiskräftig ansah, erhellt meines Erachtens aus dem Prozeß der Dionysia.

auf die Pfandrechte machen, ja bei diesen vielleicht in noch höherem Maße. Es liegt auf der Hand, daß die Erkennbarmachung der Hypothek — vom Faustpfand ist natürlich, wie oben erwähnt, in diesem Zusammenhange abzusehen — viel näher lag, als die des Eigentums; es ist also durchaus natürlich, wenn wir in dieser Beziehung eine Reihe von verschiedenen Formen finden.

Auch hier können wir, wie das beim Eigentum geschehen ist, von dem oben zitierten Fragment des Theophrast ausgehen [177]).

Wir sahen oben, daß die Gültigkeit des Erwerbes von Grundstücken in einzelnen Partikularrechten von der Verkündigung der Uebereignungsabsicht durch fünf Tage hindurch durch einen κῆρυξ abhängig gemacht wurde, damit jeder etwa Berechtigte gegen die beabsichtigte Uebertragung Einspruch erheben und seine Rechte geltend machen konnte. Dies bezieht sich nicht nur auf die Uebertragung des Besitzes, sondern auch auf die Bestellung einer Hypothek — ὡσαύτως δὲ καὶ τῶν ὑποθέσεων [178]).

Theophrast berichtet dann weiter von Büchern, aus denen man entnehmen kann, ob ein Grundstück frei und unbelastet sei — ἐλεύθερα καὶ ἀνέπαφα [179]). Uns ist kein derartiges Buch erhalten geblieben, und es kann sehr fraglich erscheinen, ob überhaupt spezielle Hypothekenbücher bestanden haben. In den Worten Theophrasts ohne weiteres einen Beweis für ihre Existenz zu finden, wie Hofmann will [180]), will mir nicht einleuchten. Andererseits ist die Möglichkeit nicht zu leugnen.

---

[177]) S. oben S. 148 ff.

[178]) Vgl. Hofmann, S. 80; Hitzig, Pfandrecht, S. 50 f.; Beauchet III, S. 345 ff. Auf die Frage, ob die von Hitzig a. a. O. zitierte Urkunde aus Chias auf einen solchen Einspruch hinweist, kann hier, da über das Thema hinausgehend, nicht näher eingegangen werden.

[179]) Absatz II des Fragments; Hofmann, S. 77; s. a. die oben Zitierten.

[180]) S. 95.

Die Annahme wird sehr wahrscheinlich gemacht für Tenos [181]), zumal das Kaufregister verschiedentlich auf Hypotheken verweist.

Erwähnt mag auch werden die Hinterlegung der Schuldurkunde im Gemeindearchiv [182]). Für das europäische Griechenland ist meines Erachtens die Ansicht vollkommen verfehlt, diese Aufbewahrung mit den Hypothekenbüchern auf eine Stufe zu stellen, da, wie Hitzig [183]) richtig ausführt, eine Oeffentlichkeit derselben durch nichts wahrscheinlich gemacht wird. Hier tritt also nicht das Prinzip der Erkennbarmachung hervor, sondern vielmehr der Wunsch, den Beweis zu sichern.

Einer eingehenderen Erörterung möchte ich die ὅροι unterziehen. Soweit allerdings lediglich die Frage der „Verbuchung" Gegenstand der Betrachtung sein soll, bedeutet das eine Abschweifung; immerhin aber steht die Frage der Publizität mit unserem Thema in so engem und unlöslichem Zusammenhange, daß auch die „Pfandsteine" mit hineinzuziehen sind, wenn unsere Uebersicht keine Lücke aufweisen soll [184]).

Unter ὅροι [185]), einer offenbar vorwiegend attischen Einrichtung, sind Säulen oder Tafeln zu verstehen, die auf dem belasteten Grundstück aufgestellt, bezw. an dem auf demselben stehenden Hause angebracht wurden und genaue Auskunft über die Belastungen geben, mithin jedem Dritten ohne weiteres zugänglich waren [186]).

---

[181]) Vgl. die diesbezüglichen Ausführungen von Hitzig a. a. O. S. 52; Beauchet III, S. 347.

[182]) Hitzig, Pfandrecht, S. 52 f.; vgl. auch oben S. 153.

[183]) a. a. O.; contra Hofmann, S. 97.

[184]) An Literatur ist besonders zu nennen: Beauchet III, S. 348 ff.; Lipsius, S. 14; Hitzig, Pfandrecht, S. 67 ff.; Derselbe, die Bed. des altgr. R., S. 25.

[185]) Ueber Aussehen etc. derselben vgl. Hitzig, Pfandrecht, S. 69; dessen Ausführungen sind ergänzt und wesentlich berichtigt worden durch Ziebarth in den Sitzungsberichten der königl. Preußischen Akademie der Wissenschaften I, S. 670 ff.

[186]) Sie sind zunächst zusammengestellt im Recueil I, S. 107 ff.

Ihr Inhalt ist ein ziemlich schematisch wiederkehrender: die Bezeichnung als ὅρος, die Bezeichnung des Objekts, die Art des Pfandrechts[187]), Angabe der Forderung, Name des Pfandgläubigers und endlich die Summe. Dazu kommen in einigen Fällen noch andere Zusätze, wie die Nennung des Pfandschuldners, die Angabe der Verfallzeit und das Datum der Verpfändung[188]).

Der Zweck der ὅροι ist nicht zu verkennen, und man kann sich kaum eine zugleich einfachere und sicherere Art, das Pfandrecht jedermann erkennbar zu machen, denken, als diese. Offenbar aber ist diese Form nicht wesentlich für die Entstehung des Pfandrechts, auch vom Gesetze nicht vorgeschrieben, sondern sie beruht lediglich auf freier Vereinbarung der Parteien. Dennoch aber tritt der Trieb der Griechen, die dinglichen Rechte durch eine gewisse Publizität zu sichern, in dieser Institution außerordentlich schroff hervor.

Man darf nicht vergessen, daß die Aufstellung eines ὅρος eine ganz außerordentliche Belastung für den Schuldner in sich birgt: es mag für den Grundstücksinhaber keine Annehmlichkeit gewesen sein, die Belastungen seines Grundstücks jedermann in so offensichtlicher Weise vor Augen zu halten. Der Gläubiger mußte doch wohl im allgemeinen einen ziemlichen Druck auf den Schuldner ausüben, um die Aufstellung

---

unter dem Titel „Inscriptions hypothécaires“, im ganzen 68; ergänzt ist diese Zusammenstellung sodann zunächst von Hitzig, Pfandrecht, S. 67 f. und von Ziebarth in den oben zitierten Sitzungsberichten S. 664 ff.; dazu sind noch neu hinzugekommen eine Reihe von attischen Horoi und vor allem der in vielen Beziehungen besonders interessante Pfandstein, der vor kurzem auf der Insel Lemnos gefunden worden ist; der Text nebst Kommentar befindet sich in der Revue XV, S. 140; vgl. auch Hitzig, die Bed. des altgr. R., S. 25 f.

[187]) Teils Hypothek, teils πρᾶσις ἐπὶ λύσει.

[188]) Das Nähere s. bei Hitzig, Pfandrecht, a. a. O., dessen Ausführungen durch die neuen Funde im wesentlichen nicht rektifiziert werden; über das letztere vgl. insbesondere Hitzig, die Bed. des altgr. Rechtes, S. 25 f.

eines ὅρος zu erlangen, der naturgemäß für ihn von großem Werte war. Es ist meines Erachtens darum auch sehr erklärlich, daß die ὅροι mit der Zeit außer Gebrauch kamen, insbesondere auch in Aegypten keinen Einlaß fanden, sondern hier durch andere Publizitätsarten ersetzt wurden [189]).

§ 14.

Die Verbuchung der Belastungen in Aegypten.

Wie beim Eigentum, so haben auch in Bezug auf das Pfandrecht die Formen der Publizität in Aegypten das höchste Stadium der Entwicklung erreicht; wie die Verbuchung des Eigentums sich entwickelte aus der uralten nationalen Einrichtung der Steuerkataster, so haben dieselben Kataster auch den Grundstein gelegt für die Verbuchung der Hypothek.

Wir haben schon oben bei der Besprechung der Grundstückskataster Anlaß genommen, darauf hinzuweisen, daß in der Kaiserzeit die Verbuchung von Hypotheken sich wenigstens insofern Einlaß in die Grundstückskataster verschafft hat, als vielfach in die ἀπογραφαὶ der Zusatz μηδενὶ κρατούμενον oder ähnliches aufgenommen wurde [190]).

Mit Recht führt hier Mitteis [191]) eine Reihe von Kaufbriefen an [192]), in denen es „eine stehende Klausel“ bildet, „daß das Grundstück frei ist ἀπό τε ἄλλων πράσεων καὶ ἑτέρων οἰκονομιῶν [193]).“

Insbesondere kommt hier B. G. U. 243 [194]), wo der Käufer

---

[189]) Es mag bemerkt werden, daß die ὅροι außer dem angegebenen Zweck auch zur Feststellung der Besitzverhältnisse dienten; vgl. insbesondere Hitzig, Pfandrecht, S. 72.

[190]) Vgl. oben S. 161.

[191]) Archiv I, S. 189.

[192]) C. P. R. 1 und 64, 90, 103, 104, 106, 109, 112, 113, 122, 123, 130—132, 141, 144.

[193]) Vgl. auch Wilcken, Ostraka, S. 461 f.

[194]) Text im Hermes 30, S. 604; vgl. Wilken a. a. O.

eines Hauses verspricht, bei der nächsten Steuerprofession den Nachweis zu erbringen, daß das Haus schuldenfrei sei[195]), in Betracht.

Auf die Notwendigkeit, die Belastungen bei Anmeldung des Verkaufes mit anzugeben, weist auch das Edikt des Mettius Rufus[196]) hin: τοῦς δανειστᾶς ἅς ἐὰν ἔχωσι ὑποθήκας καὶ τοὺς ἄλλους ὅσα ἐὰν ἔχωσι δίκαια[197]).

Alle diese Urkunden ergeben, zusammenbetrachtet, die unumstößliche Gewißheit, daß die Hypotheken so gut wie die Besitzverhältnisse Gegenstand der Eintragung waren. Es ist insbesondere auch zweifellos, daß die Hypotheken auch eingetragen wurden, ohne daß zu gleicher Zeit der Besitz wechselte, so insbesondere B. G. U. 536[198]); hier wird eine ἀπογραφή eingereicht über eine Hypothek unter ausdrücklicher Benennung des Gläubigers.

Wenn dann weiter das Edikt des Mettius Rufus bestimmt, daß es angemeldet werden soll, wenn das Vermögen des Ehemannes nach Landrecht der Ehefrau verpfändet ist und wenn am Vermögen der Eltern den Kindern durch öffentliche Urkunden die κτῆσις eingeräumt ist, während den Eltern die χρῆσις verbleibt[199]), so weist das offenbar auf Hypotheken hin, und es liegt kein Grund zu der Annahme vor, daß etwa andere Arten von Hypotheken keine Aufnahme im Kataster fanden[200]).

Die selbständige Registierung der Hypotheken findet sich

---

[195]) Καθαρὸν μηδενὶ κρατούμενον; die Zweifel, die Mitteis (Hermes a. a. O.) betreffs der Uebersetzung ursprünglich hegte, hat er selbst später fallen lassen (Archiv I, S. 188, Anm. 1).

[196]) Oben S. 180 ff.

[197]) Col. VIII, lin. 32 f.

[198]) Wilcken, a. a. O.; Archiv a. a. O.: ἀπογράφομαι οἰκιῶν ἐν ὑποθήκῃ (ἥμισυ) μέρος οἰκίας καὶ αὐλῆς, ἐν ᾗ ἐξεδ(ανεισάμην) παρὰ Παπεῖτος τοῦ Παπεῖτος.

[199]) Col. VIII, lin. 34 ff.

[200]) Archiv a. a. O.

dementsprechend auch in dem oben zitierten διάστρωμα[201]). Hier werden ausdrücklich die Hypotheken vielfach von anderer Hand, als die Eintragung des Besitzes geschrieben ist, registriert.

Bei Betrachtung der Kaufurkunden etc. berührt es eigentümlich, daß stets betont wird, daß die Grundstücke frei von Belastungen sind. Wenn wir uns näher mit B. G. U. 379[202]) beschäftigen, so finden wir hier ausgesprochen, daß die Graphionbeamten den Kauf gar nicht vollziehen durften, bevor sie vom Archiv dazu angewiesen waren, besonders aber nicht, bevor dieses den Kataster daraufhin geprüft hatte, ob auf dem Grundstück Belastungen ruhten[203]).

Nach B. G. U. 50 bittet der Verkäufer eines Oelgartenanteils den Käufer um Frist von einem Monat, ἐν ᾧ μηνὶ ἐπανάγκον παρέξαι με τήν βιβλιοθήκην καθαρὰν καὶ ἄλλα ἀρχῖα αὐτόθεν[204]); ehe er also die bücherliche Eintragung der Transmission bewirken kann, muß er die Kataster von den Belastungen reinigen.

Für ganz so undenkbar, wie Wilcken[205]), halte ich es keineswegs, daß jeder bücherliche Verkauf durch das Bestehen von Belastungen gehindert wurde, wie das nach den eben besprochenen Urkunden der Fall zu sein scheint[206]). Gewiß gebe ich gerne zu, daß dies durch die vorliegenden als bewiesen nicht angesehen werden kann. Immerhin sprechen diese aber mehr für meine Ansicht, als für die Wilckens. Man muß bedenken, daß derzeit der akzessorische Charakter

---

[201]) Oxyr. Pap. II, Nr. 274; vgl. oben S. 183; daß dies auf eine Namhaftmachung der Hypotheken deutet, ohne daß zugleich ein Besitzwechsel eintrat, ist selbstverständlich.

[202]) Zum Teil abgedruckt im Hermes 30, S. 602.

[203]) Vgl. Wilcken a. a. O. S. 463.

[204]) Dasselbe Zitat im Hermes 30, S. 603; doch ist die Uebersetzung dort infolge der jetzigen Kenntnisse rektifiziert; vgl. Archiv I, S. 189.

[205]) a. a. O. S. 464.

[206]) Man beachte auch besonders die Anm. 1 bei Wilcken a. a. O.

der Hypothek anders zu verstehen ist, als das heute der Fall ist. Heute spielt die Persönlichkeit des Schuldners bei der Hypothek fast gar keine Rolle, nur am Grundstück haftet die Schuld; sollte das nicht vielleicht in Aegypten anders gewesen sein?

Die Frage bleibt also heute noch offen; es liegt aber kein Grund vor, gegen die Wahrscheinlichkeit Schlüsse zu ziehen.

Wir sehen aus diesen Betrachtungen, daß auch die Hypothek in Aegypten in genau derselben Weise registriert wurde, wie die Besitzverhältnisse, und daß die im Rechte des europäischen Griechenlands wurzelnden Publizitätsgedanken in gleicher Weise wie für das Eigentum so auch für die Pfandrechte durchgeführt worden sind.

§ 15.

Schlußbemerkungen.

Es sei mir gestattet, am Schlusse dieser Abhandlung noch einmal die gewonnenen Resultate in Kürze zusammenzustellen. Aus unseren Betrachtungen ergibt sich das folgende:

Schon im europäischen Griechenland hat der Gedanke, die Rechtsverhältnisse an Liegenschaften offenkundig zu machen, sich deutlich offenbart und in den verschiedensten Formen geäußert: der öffentliche Ausruf, der öffentliche Anschlag, Kauf-, Dotal-, vielleicht auch Hypothekenbücher, endlich die ὅροι sind hier zu nennen.

Für die Weiterentwicklung dieses Gedankens im griechischen Rechte Aegyptens war die Grundlage gegeben durch die Katastrierung des ganzen Landes für Steuerzwecke und die zur Evidenzhaltung derselben angeordneten Steuerdeklarationen. Nicht nur dadurch wurde der Gedanke verwirklicht, daß jeder Verkauf eines Grundstücks bei der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων angemeldet werden mußte, sondern vor allem dadurch, daß die Notariate die Kaufkontrakte nicht eher voll-

ziehen durften, ehe sie gemäß Ausweis des Katasters von der übergeordneten Registerbehörde dazu angewiesen worden waren. Wie dies für den Besitz galt, so auch für die Pfandrechte. Durch das Hand-in-Hand-arbeiten der öffentlichen Registerbehörde mit den öffentlichen Notariaten wurde so allmählich ein Mittel zur Offenkundigkeit geschaffen, das unserem heutigen Grundbuch außerordentlich nahesteht, näher als alle bis dahin bekannten ähnlichen Institutionen. Die allgemeine Oeffentlichkeit wurde insbesondere gewährleistet durch die διαστρώματα, die jeder, der Interesse daran hatte, einsehen konnte, um zu erfahren, wem ein Grundstück gehörte, welche Rechtsverhältnisse weiter daran bestanden u. s. f.

War so der griechische Gedanke, die Publizität der dinglichen Rechte an Grundstücken durch Verbuchung derselben zu gewährleisten, allmählich in die ägyptische Steuerkataster eingedrungen, so haben dennoch diese Kataster niemals ihren ursprünglichen Charakter verloren. Alle die Maßregeln, die im Endresultate dem Privatmann zugute kamen, waren ursprünglich im Interesse der Steuerveranlagung und -erhebung getroffen worden. Das gilt vor allem von den oben ausgeführten Vorschriften, nach denen die Notariate keinen Verkauf eines Grundstücks vollziehen durften ohne Anweisung durch die eigentliche Katasterbehörde, die βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων.

Auch der Römer kennt die Katastrierung der Besitzverhältnisse zum Zwecke der Veranlagung und Erhebung der Steuer[207]). Sobald Aegypten Provinz wird, treten in Bezug auf die Steuerverhältnisse, wie überhaupt in Bezug auf die ganze Verwaltung an die Stelle der königlichen Erlasse und Gesetze der Ptolomäerzeit kaiserliche Verfügungen[208]). Der

---

[207]) Vgl. hierzu und zum folgenden Wilcken, Ostraka I, S. 497 f., Walter, Geschichte des römischen Rechts, 3. Aufl. I, S. 486 ff., Marquardt, Römische Staatsverwaltung in Marquardt und Mommsen, Römische Altertümer Bd. V, 2, S. 211 ff.

[208]) Ueber das Nähere s. Wilcken a. a. O. S. 570 f., Walter a. a. O. S. 591 f., insbesondere für Aegypten Marquardt a. a. O. 1, S. 282 ff.

römische Kaiser setzte nunmehr eine bestimmte Summe alljährlich fest, die in gerechter Weise zu verteilen, Sache der Präfekten und Unterbeamten war. Einschneidende Steuerreformen haben das Wesen und auch den juristischen Charakter der einheimischen ägyptischen Steuer, besonders auch der Grundsteuer umgestaltet[209]). Die katastermäßige Veranlagung der Steuerobjekte aber blieb, für lange Zeit wenigstens, dieselbe. War es doch Prinzip der römischen Kaiser, den Provinzen ihre nationalen Eigentümlichkeiten nicht nur in öffentlich- sondern auch in privatrechtlicher Hinsicht nach Möglichkeit zu erhalten[210]).

Wenn nun die Römer sich die ägyptischen Einrichtungen in dieser Weise nutzbar machten, so läßt sich doch mit voller Bestimmtheit sagen, daß sie die auf die Grundsteuer bezüglichen Kataster lediglich vom Standpunkte der Steuerveranlagung aus betrachtet haben, während sie den Nebenzweck derselben als Mittel, die Publizität der dinglichen Rechte zu gewährleisten, vollkommen unbeachtet ließen. Weder in den kaiserlichen Verfügungen noch in den Kodifikationen, wie der justinianischen, findet sich der leiseste Hinweis auf diesen Gedanken. Die Digesten behandeln die dinglichen Rechte an Grundstücken auf das eingehendste, und die Publizität derselben wird sehr wohl hervorgehoben; dieselbe aber durch „Verbuchung" zu erzielen, diese Form findet sich nicht. Insbesondere wird auch im Corpus Juris wiederholt auf die Steuern hingewiesen[211]). Eine Erwähnung aber, daß die Steuerkataster neben ihrem eigentlichen Zweck auch den Interessen der Kontrahenten gedient hätten, geschieht nirgends.

Es mag wunderbar erscheinen, daß dem scharfen römischen Geiste der große Vorzug dieser Form der Publizität entgangen

---

[209]) Vgl. hiezu Matthiaß, Die römische Grundsteuer und das Vektigalrecht; auch Wilcken a. a. O., Walter a. a. O. I, S. 351 ff.

[210]) Vgl. insbesondere Walter a. a. O. S. 346, 469 ff., s. übrigens auch Oxyr. Pap. I, S. 96.

[211]) Dig. de public. et vectig. 39, 4, de censib. 50, 15.

ist; es wird aber erklärlicher, wenn man bedenkt, daß die Institution des Notariats in der griechisch-ägyptischen Form für den Römer lediglich als partikularrechtliche Einrichtung von Interesse war, die ihm völlig fremd war. So konnte es denn auch leicht kommen, daß die eigenartige Verquickung einer in privatem Interesse geschaffenen Behörde mit einer Verwaltungsbehörde keine Aufnahme in das römische Recht fand, zumal hier der Gegensatz zwischen Privat- und öffentlichem Recht weit schroffer war.

Es erhellt aus diesen Betrachtungen ohne weitere Erörterungen, wie wenig den Steuerkatastern die Bezeichnung „Grundbuch“ zukommt; es ist ohne Mühe zu ersehen, daß dieselben ihren ursprünglichen Zwecken niemals entfremdet worden sind, daß insbesondere die Buchungen der βιβλιοθήκη ἐγκτήσεων immer in erster Linie Steuerkataster blieben, wie sehr sie auch sonst den Interessen des Privatmannes zu dienen geeignet waren [212]).

Dadurch verlieren aber unsere Betrachtungen nicht an Wert. Wenn auch die hier gezeigte Form der Publizität kein dauerndes Leben geführt hat und in Rechtsgedanken unterging, die das alte griechisch-ägyptische Recht verdrängten und ein neues, ein Weltrecht an seine Stelle setzten, so ist doch die Tatsache von großem historischen Interesse, daß die Verbuchung dereinst stattgefunden hat, und daß der sie beherrschende Gedanke vom Volke mit Bewußtsein erfaßt worden ist.

Nur eins fehlt bei der Institution, das ist die publica fides. So weit können wir nicht gehen, auch diese anzunehmen, da

---

[212]) Ich möchte an dieser Stelle noch an die mittelalterlichen Stadtbücher erinnern (auch Flurbücher, Lagerbücher etc. genannt), die in mancher Beziehung Aehnlichkeit mit den ägyptischen Katastern aufweisen — vgl. besonders Schroeder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 4. Aufl. (1902), S. 701 ff., Gerber, System des deutschen Privatrechts, II. Aufl., S. 364, Anm. 4; für die Beweiskraft der Bücher Schroeder a. a. O. S. 771.

wir keinen Beweis dafür haben, daß durch die Verbuchung die freie Beweiswürdigung des Richters beeinträchtigt, oder gar ein nicht verbuchtes Recht dem gutgläubigen Erwerber gegenüber unwirksam gewesen wäre. Einen Anhalt dafür gewährt allerdings schon heute der Prozeß der Dionysia, und die Zukunft wird uns hoffentlich auch Urkunden bescheren, aus denen wir Material für die Beantwortung dieser Frage schöpfen können, wie ja auch manches andere genügendes Material für ein abschließendes Urteil noch nicht bietet.

Die Anregung zu der vorliegenden Arbeit verdanke ich Herrn Dr. Matthiaß-Rostock; bei der Zusammenstellung und Beschaffung des Materials sind mir außerdem Herr Professor Dr. Kern-Halle und Herr Oberlehrer Dr. Ziebarth-Hamburg in liebenswürdigster Weise behilflich gewesen. Es sei mir gestattet, allen drei Herren auch an dieser Stelle meinen ergebensten Dank zu sagen.

IV.

Die Theorie des Faustpfandvertrages nach jüdischem Recht.

Von

Dr. phil. **Felix Goldmann,** Berlin.

In vorliegender Arbeit ist es weniger darauf angekommen, eine Darstellung des gesamten jüdischen Pfandrechts zu geben, als historisch der Entwicklung der Theorie nachzugehen, welche dem Pfandgeschäft zu Grunde liegt. Die Darstellung ist darum nicht auf Mischnâh und Talmud[1]) beschränkt worden, sondern ist so weit geführt, wie ein Fortschritt in der von mir beobachteten Tendenz des Talmuds zu bemerken ist, d. h. so lange das jüdische Pfandrecht in der Praxis Anwendung fand. Anderseits ist aber nur das zur Darstellung und Entwicklung der Theorie unbedingt notwendige Material in den Kreis dieser Betrachtungen gezogen worden.

I. Die tannaïtischen[2]) Quellen.

Unter Pfand ist in erster Reihe das Faustpfand zu verstehen, d. h. eine vom Pfandschuldner (lôwêh) dem Pfand-

---

[1]) Zu diesen Ausdrücken, wie auch zu den später vorkommenden Terminis, vgl. diese Zeitschrift Bd. XVIII, S. 38—41.

[2]) Tannaïten sind die Rechtslehrer, welche bis zum Abschluß der Mischnâh (etwa 200 n. Chr.) lebten. Tannaïtische Rechtsquellen sind neben der Mischnâh die Tosefta, die halachischen Midraschim und die Baraita. Vgl. Anm. 1.

gläubiger (malwêh) zur realen Sicherheitsleistung in Besitz übergebener beweglicher Gegenstand. Eine andere Art der Pfandleistung, durch Verpfändung von liegenden Gütern oder beweglicher Habe, die im Besitze des Eigentümers bleibt (Hypothek), soll von dieser Betrachtung ausgeschlossen sein.

Erst in späterer Zeit besteht im jüdischen Rechte ein großer Unterschied zwischen der Verpfändung, d. h. der freiwilligen Uebergabe eines Faustpfandes und der Pfändung, d. h. der gewaltsamen Wegnahme eines Gegenstandes meist durch Vermittlung der Behörden, um dem Gläubiger Befriedigung für eine vom Gerichte anerkannte Forderung zu gewähren. Wie in der Sprache beide Worte auf eine Wurzel zurückgehen (beides heißt hebr. mischkên), so ist es auch mit der Sache. Das Hauptunterscheidungsmerkmal zwischen Pfänden und Verpfänden ist ursprünglich nicht das Einschreiten der vom Gericht autorisierten Exekutivbehörde und die gewaltsame Pfandbestellung, sondern die Zeit der Pfandleistung. Verpfändung ist Pfandleistung zur „Zeit des Darleihens" (bescha'at halewâtô), verpfändet ist der Gegenstand für die Zeit, auf welche das Darlehen gegeben wurde. Pfändung tritt in dem Augenblicke ein, da die Darlehensfrist abgelaufen ist und der Pfandgläubiger das Pfand in Besitz behält, um sich daraus zu befriedigen, wozu ihm später das Recht gewöhnlich durch Spruch des Gerichts zugestanden werden mußte, eventuell auch durch freien Vertrag vor dem Eingehen des Pfandgeschäfts. Pfändung ist Pfandleistung „nicht zur Zeit des Darleihens" (schelô bescha'at halewâtô). Nun braucht das Pfand nicht von vornherein im Besitze des Gläubigers gewesen zu sein, sondern eine Pfändung tritt auch ein, wenn das Gericht einem Gläubiger das Recht gibt, durch Wegnahme eines Pfandes seine Schuldforderung sicherzustellen. Der erste Fall der Pfändung hat gezeigt, wie sie aus der Verpfändung entstanden ist. Unsere Erörterung wird sich auf beide erstrecken.

Wir müssen die Pflichten und Rechte des Gläubigers dem verpfändeten Gegenstande gegenüber untersuchen, nämlich

a) inwiefern der Gläubiger, sobald das Pfandobjekt in seinem Besitze ist, eine Verantwortung dafür zu übernehmen hat und inwieweit ihm bei Untergang des Pfandes Ansprüche auf die Rückerstattung des Darlehens zustehen,

b) inwiefern der Gläubiger am Pfandobjekt Eigentumsrechte α) besitzt und β) ausüben darf, d. h. α) welches sein Rechtsanspruch auf den Gegenstand während der Dauer des Darlehens ist und inwiefern er nach abgelaufener Darlehensfrist aus dem Gegenstande seine Forderung befriedigen darf und β) inwieweit ihm ein Recht auf die Benutzung des Pfandes zusteht.

Selbstverständlich besteht zwischen Pflichten und Rechten insofern ein inniger Zusammenhang, als mit den steigenden Rechten des Gläubigers eine steigende Verantwortlichkeit Hand in Hand geht[3]).

Es sei vorausgeschickt, daß die Theorie des Pfandes im jüdischen Rechte von dem Werte des Pfandobjekts abhängig ist, und es ist von vornherein auf eine doppelte Basis nach dieser Richtung hinzuweisen.

a) Die erste setzt ein Pfandobjekt voraus, dessen Wert die Pfandsumme übertrifft oder ihr zum mindesten nahezu gleich kommt.

b) Die zweite nimmt ein Pfandobjekt an, dessen Wert im Verhältnis zur geliehenen Summe ein minimaler ist; dieses Objekt vertritt gewissermaßen nur eine Urkunde und wird als bloßes „Erinnerungszeichen“ (sikrôn debârîm) betrachtet[4]). Diese

---

[3]) Vgl. diese Zeitschrift Bd. XVIII, S. 58.

[4]) Die Frage, warum man denn ein solches Pfand überhaupt gegeben und genommen habe, muß meiner Ansicht nach dahin beantwortet werden, daß es sich nicht nur um ein „Erinnerungszeichen“ und also Vertretung einer Urkunde gehandelt hat, sondern daß es ein Mittel war um den Gläubiger zu schützen, falls der Schuldner jede Schuldverpflichtung in Abrede stellte (kôfer hakôl), in welchem Falle er ja ursprüng-

beiden Auffassungen weichen sehr voneinander ab, und es ist die Sorge der späteren Entwicklung, einen Ausgleich herzustellen.

Die Richtung, welche als Pfand nur ein Wertobjekt betrachtet, geht von dem Gedanken aus, daß das Pfandstück ein Depositum[5]) sei; der Gläubiger wird demgemäß als ein „Hüter" (schômer) angesehen und nach Rechten und Pflichten eines solchen richten sich auch seine Rechte und Pflichten[6]). In der Frage nach der Verantwortung, die der Gläubiger für das ihm übergebene Pfand trägt, entscheidet für die tannaïtische Zeit der klare Wortlaut der Mischnâh, daß der Pfandgläubiger ein Hüter sei (resp. wie ein solcher behandelt werde), der für seine Müheleistung Lohn erhält, also ein „Lohnhüter"[7]). Er hat im Verlustfalle aufzukommen, wenn es durch Diebstahl oder sonstigen Verlust (genêbâ we-abêda), selbstverständlich auch durch grobe Fahrlässigkeit verloren geht; geschieht es

---

lich ohne Eidesleistung von der Zahlung befreit war. Konnte aber der Gläubiger ein solches geringfügiges Pfand aufweisen, so war es dem Schuldner unmöglich, alles abzustreiten; er mußte zum mindesten zugeben, dem Gläubiger eine Kleinigkeit zu schulden; er konnte dann wie „einer, der einen Teil der Schuld zugesteht, den anderen aber ableugnet" (môdeh bemiqsat), behandelt werden und hatte zu schwören, daß er dem Gläubiger nicht mehr schuldete als er einräumte.

[5]) Mischnâh Schebûʿôt 6,7 nennt das Pfand geradezu ein Depositum (piqâdôn).

[6]) Das jüdische Recht betrachtet nicht nur den Aufbewahrer eines Depositums, sondern auch den Mieter und Leiher einer beweglichen Sache als „Hüter" und unterscheidet demgemäß vier verschiedene „Hüter", deren Verantwortung ebenfalls verschieden ist. a) Der „unentgeltliche Hüter" (schômer chinnam) hütet ohne Bezahlung und ist nur bei Fahrlässigkeit (peschiʿâ) verantwortlich. b) Der „Lohnhüter" (schômer sâkâr) hütet gegen Bezahlung und ist auch bei Diebstahl und sonstigem Verlust verantwortlich. c) Der „Mieter" (sôkêr) zahlt Mietszins und ist in demselben Maße verantwortlich wie der Lohnhüter (b). d) Der Entleiher (schô'el) zahlt keinen Mietszins, hat aber Nutzen vom Gegenstande und haftet für alles, selbst für vis maior ('ônsin). [Vgl. Zeitschr. XX, S. 190. Kohler.]

[7]) Mischnâh Bâbâ Mesî'a 6,7.

aber durch höhere Gewalt, so kann er trotzdem sein Darlehen wieder einfordern.

Wenn wir nun auch die Entwicklung, welche zu dieser Entscheidung geführt hat, nicht ganz genau verfolgen können, so läßt sich immerhin feststellen, daß die Halâkâ sich erst nach einem langen Kampfe in dieser Richtung durchgesetzt hat. Denn eine recht gewichtige Partei will in dem Pfandgläubiger einen „unentgeltlichen Hüter“ sehen, der nur bei Fahrlässigkeit dem Schuldner haftet. Aus welchem Grunde die Meinungen so sehr auseinandergingen, darüber hat sich der Talmud, wie weiterhin auseinandergesetzt wird, zwar geäußert, ohne aber dasjenige Argument vorzubringen, das wahrscheinlich zu der Differenz Anlaß gegeben hat und das wir bald erörtern werden.

Die anscheinend älteste Quelle, auf die wir den Streit zurückverfolgen können, ist die Diskussion zwischen den Tannaïten Rabbi Eliêzer und Rabbi Aqibâ (beide zur zweiten Generation der Tannaïten gehörig; etwa von 100—130 n. Chr.), von denen der erstere über die Verantwortlichkeit des Pfandgläubigers sagt[8]): „Leiht einer seinem Nächsten auf ein Faustpfand und das Pfand geht zu Grunde, so schwört er und zieht sein Darlehen ein.“ Aqibâ dagegen sagt: „Der Schuldner kann dem Gläubiger sagen: Ohne Pfand hättest du mir nicht geliehen. Ist also das Pfand nicht mehr vorhanden, so ist auch dein Geld verloren.“ Man muß zunächst beachten, daß hier die Begriffe „Lohnhüter“ und „unentgeltlicher Hüter“ noch nicht klar auf das Pfandgeschäft angewandt sind. Rabbi Eliêzer sagt, im Falle des Verlusts schwöre der Gläubiger, daß — wie wir ergänzen müssen — er tatsächlich das Pfand verloren hat, und zieht sein Darlehen ein. Rabbi Aqibâ dagegen behauptet, da die einzige Möglichkeit für den Schuldner, das Darlehen zu erhalten, in der Pfandbestellung lag, sei mit dem Verluste des Pfandes auch das Darlehen verloren. Aus dem Schlußsatze der Baraita, welcher lautet: „Lieh er ihm

---

[8]) Talmud Bablî Bâbâ Mesî'a 81 b. [Vgl. Zeitschr. XX, S. 208. Kohler.]

tausend Zuz (Silberdenar = 0,70 Mk.) gegen Schuldschein, und der Schuldner gab ihm dafür ein Pfand, so sagen alle Rechtslehrer, daß mit dem Verlust des Pfandstücks auch Verlust des Geldes verbunden sei," geht zum mindesten hervor, daß es sich in all diesen Fällen um ein Pfand von Wert und nicht um ein bloßes Zeichen handelt. (Zur Theorie trägt der Schlußsatz nichts bei, da es sich hier weniger um das Faustpfandrecht handelt. Der Nachdruck liegt auf der Urkunde; durch Urkunde hat der Gläubiger seine Forderung auf eine bewegliche Sache eintragen lassen und so ein dem Obligationenrecht angehöriges Rechtsgeschäft geschlossen.) Rabbi Eliêzer kommt nun der Auffassung des Gläubigers als „unentgeltlichen Hüters" fast gleich; man braucht nur — und das hat schon die tannaïtische Zeit getan — den Schwur anders zu interpretieren und den Gläubiger nicht nur schwören zu lassen, daß er das Pfand verloren hat, sondern daß er nicht fahrlässig gehandelt hat, und wir haben den „unentgeltlichen Hüter"[9]). Um in Rabbi Aqibâs Ausführungen den Lohnhüter entdecken zu können, bedarf es einer gewichtigeren Interpretation. Denn nach ihm kommt es anscheinend gar nicht darauf an, auf welche Weise das Pfand vernichtet wurde, ob durch höhere Gewalt oder Diebstahl etc. (die Erklärung, daß in dem Verbum 'âbad „untergehen" der verschuldete Verlust eo ipso zum Ausdruck komme, gehört einer weit späteren Entwicklung an), in jedem Falle trägt der Gläubiger den Schaden so, als ob er nicht nur Besitzer, sondern sogar Eigentümer der Sache wäre. Ein Zwiespalt in den Anschauungen ist vorhanden; daß beide Rechtslehrer von genau denselben Nebenumständen sprechen, ist ganz sicher. Dieser Unterschied ist aber ein sehr tiefer, denn er liegt bereits in der Theorie. Rabbi Eliêzer und

[9]) Der Schwur sch'enô bi-reschûtî, „daß der Gegenstand nicht in meinem Besitz ist", ist zwar erst später durch rabbinische Verordnung eingeführt. Trotzdem aber glaube ich, daß der Schwur des Rabbi Eliêzer als ein solcher zu erklären ist. Der Begriff „unentgeltlicher Hüter" ist eben erst nachträglich in die Ansicht Eliêzers hineingetragen worden.

Rabbi Aqibâ betrachten das Pfandgeschäft von ganz verschiedenen theoretischen Gesichtspunkten aus. Rabbi Eliêzer sieht im Faustpfande vornehmlich das Sicherungsmittel, Rabbi Aqibâ dagegen das Befriedigungsmittel[10]). Wenn das Pfand ein Sicherungsmittel ist und Rabbi Eliêzer demgemäß den Pfandgläubiger einen Hüter, und zwar einen „unentgeltlichen" sein läßt, der bei Diebstahl etc. nicht aufkommt, so bedeutet das zwar eine Härte für den Schuldner, aber nur eine scheinbare, da die ungünstigen Folgen für ihn sich nur bei dem verhältnismäßig seltenen Falle des Verlustes geltend machen; denn in Wahrheit gesteht Eliêzer damit dem Schuldner ein fast unbeschränktes Eigentumsrecht am Gegenstande zu. Er schiebt ihm als Aequivalent fast die ganze Verantwortung zu, sieht also im Pfandgeschäft nur einen Besitzwechsel. Rabbi Aqibâ dagegen stellt scheinbar den Schuldner günstiger, indem der Gläubiger für jeden Verlust haftet, in Wahrheit aber räumt er ihm weniger Rechte an dem Pfande ein, ja er wird ihn nach der Verfallzeit als völligen Eigentümer der Sache betrachten, und darum ist nach Rabbi Aqibâs Auffassung das Wesen des Pfandgeschäfts eine Eigentumsübertragung mit gewissen Beschränkungen (durch das dem Schuldner zustehende Recht der Einlösung), eine Ansicht, der wir in tannaïtischen Quellen noch öfters begegnen werden[11]).

Diese beiden auf verschiedenen Theorien fußenden Auffassungen des Pfandes als pignus (nach Rabbi Eliêzer) und Eigentumspfand (nach Rabbi Aqibâ) galt es auszugleichen.

---

[10]) Vgl. Kohler, Darstellung des talmudischen Rechts, § 41.

[11]) Nicht unmöglich ist es, daß bei der Frage nach der Verantwortung auch die biblische Vorschrift eingewirkt hat, die dem Schuldner unter gewissen Bedingungen erlaubte, das Pfand zu benutzen (Exodus 22, 25 ff., Deuteronomium 24, 12), was die Verantwortung des Gläubigers herabsetzen muß. In der weiteren Entwicklung ist diese Vorschrift völlig überwunden worden. Vgl. Maimonides im Mišchnê Tôrâ, Malwêh welôwêh, Abschnitt 3, § 5.

Die letztere Auffassung muß auch bei den Juden schon früh eine völlige Umwandlung erfahren haben, indem man die theoretische Grundlage veränderte. Man mußte allgemein anerkennen, daß der Gläubiger nur der Besitzer des Pfandes sei; der Sprung aber von der völligen Verantwortung des Eigentümers zu der ganz geringen des unentgeltlichen Hüters war ein allzu großer. Man setzte daher den Pfandgläubiger nur etwas in seiner Verantwortung herab, indem man ihm die Ersatzpflicht bei Verlust durch höhere Gewalt abnahm, und er glich nun in seinen Pflichten dem Lohnhüter. Obwohl nun auf derselben theoretischen Basis vereinigt, blieb noch ein Widerspruch, indem die Vertreter der Besitztheorie den Gläubiger für einen „unentgeltlichen Hüter", die der abgeschwächten Eigentumstheorie ihn für einen „Lohnhüter" halten.

Schon die tannaïtischen Rechtsgelehrten suchten auszugleichen, und eine vermittelnde Ansicht scheint als so wichtig angesehen worden zu sein, daß sie in den Text der Mischnâh aufgenommen worden ist; sie lautet: Rabbi Jehûdâh sagt: „Wer Geld leiht, ist ein unentgeltlicher Hüter, wer Früchte leiht, ein Lohnhüter"[12]. Rabbi Jehûdâh gehört zu den späteren Schülern Aqibâs (gest. um 160 n. Chr.). Bemerkenswert ist zunächst, daß er bereits die Begriffe „Lohnhüter" und „unentgeltlicher Hüter" auf das Pfandgeschäft anwendet. Daß es sich aber in seinem Satze nur um eine Vermittlung zwischen Eliêzar und dem modifizierten Aqibâ handelt, geht klar daraus hervor, daß zu seiner Unterscheidung von „Geld" und „Früchten" ein logischer und zwingender Grund nicht vorliegt. Die Erklärung der späteren, der Gläubiger, der Früchte verborge, sei deshalb ein Lohnhüter, weil der Schuldner ihm gewissermaßen einen Gefallen tue, indem er Früchte nehme, die sonst verfaulen würden, und ihm so einen Lohn zahle, ist recht gezwungen und, falls schon von Jehûdâh gemeint, auch von ihm

---

[12]) Bâbâ Mesîʿa 6, 7. — Der Begriff „Früchte" ist, wie überall im Talmud, im weitesten Sinne zu fassen.

erst herausgesucht, als man einer Vermittlung bedurfte. Die Entscheidung der Mischnâh, daß der Pfandgläubiger nach Rechten und Pflichten eines Lohnhüters zu behandeln sei, ist das Produkt des Ausgleichs zwischen zwei Theorien, von denen die eine dem Gläubiger alle, die andere ihm zu wenig Verantwortung aufbürdete.

Eine andere Stelle der Mischnâh[13]), und bezeichnenderweise fast die einzige, die sich noch mit der Theorie des Pfandes beschäftigt, nimmt den Grundsatz, daß der Gläubiger ein Lohnhüter sei, als richtig an und bringt einige Anwendungen aus dem praktischen Leben, die uns neben interessanten kulturgeschichtlichen Dingen (wie z. B., daß eine Abschätzung des Pfandes [Taxe] vor dem Eingehen des Pfandgeschäfts nicht stattgefunden hat)[14]) auch Wichtiges über die Theorie zeigen, namentlich, daß das Pfand an Wert häufig hinter der Schuldsumme zurückstand, ohne daß er so niedrig war, daß er als bloßes Erinnerungszeichen (sikrôn debârîm) angesehen werden konnte. Diese Mischnâh zerfällt in zwei Teile. Im ersten tritt, nachdem das Pfand verloren ist, der Pfandgläubiger als Kläger auf und behauptet, das Pfand sei nicht so viel wert gewesen wie die Schuldsumme. Er verlangt darum vom Schuldner die Auszahlung des Restes des Darlehens. Die Mišchnâh ist also der Ansicht, daß der Gläubiger nur in Höhe des Pfandwerts vom Schuldner bei einem Verluste in Anspruch genommen werden kann. Hat er das Pfand verloren, und ist dies weniger wert, so muß ihm der Schuldner gleichwohl den Ueberschuß herauszahlen. Die Schuld wird demnach in zwei Teile geteilt, der eine als Pfandschuld, dem Pfand-

---

[13]) Schebû'ôt 6, 7.

[14]) Freilich darf man bei diesem Punkte nicht vergessen, daß von dem Gewerbe eines Pfandleihers in jener Zeit keine Rede sein konnte, da das Verbot des Zinsnehmens jeden Nutzen für den Verleiher ausschloß. Vgl. Emil Cohn in dieser Zeitschr. Bd. XVIII, S. 37—72 und Kohler a. a. O., § 17.

werte an Höhe entsprechend, der zweite, den Ueberschuß umfassend, als freies Darlehen.

Die Entscheidungen der Mischnâh, obwohl für die Theorie weniger wichtig, seien mitgeteilt: Behauptet der Schuldner, das Pfand sei ebensoviel wert gewesen wie das Darlehen betrug, so braucht er nichts nachzuzahlen, da er in Bezug auf die Forderung des Gläubigers ein kôfer hakôl, „einer, der alles ableugnet“, ist; auch braucht er keinen Beweis für die Richtigkeit seiner Abschätzung des Pfandes beizubringen. Gesteht er zu, daß das Pfand weniger wert war, als das Darlehen betrug, behauptet er aber, daß es immerhin einen höheren Wert gehabt habe, als den vom Gläubiger angegebenen, so bezahlt er die Differenz zwischen der Schuldsumme und dem Pfandwerte nach seiner Abschätzung, muß aber die Richtigkeit seiner Taxe beschwören, denn er wird als ein môde be-miqsat, „einer, der einen Teil zugesteht,“ angesehen [15].

Im zweiten Teile dieser Mišchnâh tritt der Pfandschuldner als Kläger auf und verlangt, da die Pfandsache mehr wert war als das Darlehen, die Herausgabe des Ueberschusses.

Entscheidungen: Behauptet der Gläubiger, das Pfand sei so viel wert gewesen, wie das Darlehen betrug, so geht er ohne Schwur (wie vorher) frei aus; gesteht er einen höheren Wert zu, wenn auch nicht den vom Schuldner angegebenen, so bezahlt er die Differenz zwischen Schuldsumme und zugestandenem Pfandwerte und befreit sich seiner weiteren Verpflichtung durch einen Schwur betreffend den Wert des Objekts; der Schwur ist von dem zu leisten, in dessen Hand das Pfandstück sein müßte, um zu vermeiden, daß dem schwörenden Teile eine Falle gestellt und er zu einem Falscheide veranlaßt werde.

Auch dieser zweite Teil zeigt, daß bei ungleichem Werte

---

[15]) [Vgl. XX, S. 252. Kohler.]

das wertvollere Pfand nicht als Aequivalent für die Summe angesehen wird. Der Gläubiger ist zur Erstattung des Mehrwerts verpflichtet. Hier wird der Wert des Pfandobjekts in zwei Teile zerlegt; für den einen dem Darlehen entsprechenden Teil, das eigentliche maschkôn, ist der Gläubiger ein Lohnhüter; der andere Teil ist nur ein Depositum, ein piqadôn, für den der Gläubiger nach Entscheidung der Mischnâh ebenfalls wie ein Lohnhüter haftet[16]).

Es ist bemerkenswert, daß diese beiden besprochenen Mischnâhsätze, die einzigen, die von der Theorie des Pfandgeschäfts direkt handeln, auch beide auf dem Standpunkte stehen, der Gläubiger sei ein Lohnhüter. Andere Stellen der Mischnâh aber, bei denen das Pfand in Erörterungen anderer Natur mit hineinspielt, stehen auf dem Standpunkte des Rabbi Aqibâ und verleihen in gewisser Weise dem Gläubiger Eigentumsrechte.

Eine Mischnâh lautet[17]):

I. Das Gesäuerte, das der Israelit dem Nichtisraeliten verpfändet hat, darf nach dem Pesachfeste benutzt werden.

II. Das Gesäuerte, das der Nichtjude dem Israeliten als Pfand gegeben hat, darf nach dem Feste nicht benutzt werden[18]). Wenn man sich vergegenwärtigt, daß es sich bei

---

[16]) Die Frage, warum er für diesen zweiten Teil auch Lohnhüter ist, was auffallen könnte, ist einfach damit zu beantworten, daß es sich hier nach Analogie des eigentlichen Pfandes richten muß, weil der Schuldner das Pfandstück nicht in seine Teile zerlegen kann; wenn dies möglich wäre, würde er es gewiß tun.

[17]) Pesâhîm 2, 3.

[18]) Zum Verständnis dieser Stelle sei bemerkt, daß nach biblischer Vorschrift der Jude während des Pesachfestes (Ueberschreitungsfestes) alles Gesäuerte (wie z. B. Brot) aus seiner Behausung entfernen muß, ja er darf während dieser Zeit nicht einmal Eigentumsrechte daran haben. Das Gesäuerte, das nun trotzdem während des Festes im Besitz oder Eigentum des Israeliten war, darf nach dem Feste unter keiner Bedingung benutzt werden. Es ist „zum Genusse (im weitesten Sinne, also auch durch Verkauf etc.) verboten“ ('âsûr be-hanâ'â).

der Frage, ob Gesäuertes nach dem Feste erlaubt sei, nicht vornehmlich darum handelt, ob das Gesäuerte sich im Besitz des Israeliten befand, sondern ob er Eigentumsrechte daran ausgeübt hat[19]), ist eine Erklärung dieser Stelle nur bei einer Auffassung des Pfandes als Eigentumspfand zu geben. Wenn das Gesäuerte, das der Israelit dem Nichtisraeliten verpfändet hat, benutzt werden darf, so hat der Nichtisraelit als Pfandinhaber eben Eigentumsrechte erworben und ebenso der Israelit, der das verpfändete Gesäuerte des Nichtjuden verboten macht.

Bevor wir die weiteren Folgerungen aus dieser Entscheidung der Mischnâh ziehen, müssen wir auch das Material, das Baraita und Tosefta[20]) zu diesem Punkte bringen, heranziehen. Es heißt in einer Baraita[21]):

I. Wenn ein Israelit einem Nichtisraeliten auf sein Gesäuertes leiht, so ist es nach dem Feste zum Genuß erlaubt, im Namen des Rabbi Meïr (auf den alle Entscheidungen der Mischnâh zurückgeführt werden) wird entschieden, daß es nicht erlaubt ist.

II. Wenn ein Nichtjude einem Juden etwas auf sein Gesäuertes besorgt, so ist es nach allen Lehrern nach dem Feste verboten.

Diese Baraita steht in einem offenbaren Widerspruch zu der obigen Mischnâh, der sich nur erklären läßt, wenn die Baraita, was auch wahrscheinlich ist, von anderen Nebenumständen spricht. Sie könnte zunächst, was nach einem

---

[19]) Was für die tannaïtische Zeit sich deutlich aus Pesâhîm 2, 2, der unserem Satze unmittelbar vorhergehenden Stelle, ergibt: „Das Gesäuerte des Nichtisraeliten ist nach dem Feste zum Genusse erlaubt, das des Israeliten ist verboten.“ Die weitere Entwicklung weicht auch nicht von diesem Grundsatze ab; die Umgehung des Verbotes erfolgt auch noch heute nicht durch Besitz-, sondern Eigentumsübertragung (Scheinkaufvertrag). Siehe Schulchan arûch, Ôrach chajîm § 458, 1—3.

[20]) Vgl. S. 197, Anm. 2.

[21]) Talmud babli Pesâhîm 31a.

Hinweis des Talmuds [22]) nicht unmöglich ist, von einem Falle reden, in dem der Pfandgegenstand überhaupt im Besitze des Schuldners bleibt. Dann ist der zweite Teil selbstverständlich, und die Verschiedenheit der Entscheidung im ersten wäre so zu erklären, daß der anonyme Teil auf dem Boden der Besitztheorie, Rabbi Meïr auf dem der Eigentumstheorie steht. Bei dieser ganzen Annahme fällt der Fall aus dem Besitzpfandrecht heraus und nähert sich dem Hypothekenrecht. (Der Ausweg, daß Rabbi Meïr an eine Uebergabe des Objekts denkt, die anonyme Entscheidung aber nicht, ist wenigstens der Erwähnung wert, wenngleich eine derartige Verschiedenheit der Nebenumstände entschieden hätte erwähnt werden müssen.)

Zum zweiten könnte man annehmen, die Mischnâh behandle in Bezug auf Erwerben den Israeliten wie den Nichtisraeliten, die Baraita nehmen aber andere Verhältnisse an, so daß zwar der Israelit vom Fremden erwerbe, dieser aber nicht von jenem. Bei solcher Annahme, die auch der Talmud streift [23]), ist der anonyme Teil des ersten Satzes nicht zu verstehen. Man wird also bei der ersten Erklärung zu bleiben haben.

Einen weiteren Beitrag bringt die Tosefta [24]):

I. „Wenn ein Nichtisraelit einem Juden auf Gesäuertes borgt und dieser sagt: Falls ich das Pfand vor dem Pesachfeste nicht einlöse, soll es dir verkauft sein, so ist es nach dem Feste zum Genusse erlaubt.

II. Hat der Israelit dem Nichtisraeliten unter derselben Bedingung geliehen, so ist es nach dem Feste verboten."

Diese Entscheidungen sind selbstverständlich; sie fallen nicht in die Theorie des Pfandrechts oder nur insofern, als sie zeigen, daß eine solche Klausel im tannaïtischen Zeitalter

---

[22]) Babli Pesâhîm 31a und b.

[23]) Ibid.

[24]) Tosefta Pesâhîm 1,21. (In der Zuckermandelschen Ausgabe S. 156, Zeile 24 ff.)

zulässig war[25]); es liegt hier ein vollkommen gültiger Kauf vor. Diese Stelle deutet aber schon an, auf welche Weise man später aus diesem Falle die Eigentumstheorie hinweggedeutet hat.

Noch in einem weiteren wichtigen Falle spielt die Eigentumsübertragung im Pfandgeschäft eine Rolle. Die Mischnâh hat den Satz angenommen[26]): Schuldforderungen, die aus einem Pfandgeschäft resultieren, verjähren (im siebenten Jahre) nicht[27]). Denselben Grundsatz hat auch die Tosefta[28]). Daneben sagt sie[29]) in einem Satze, der in etwas anderer Fassung an anderer Stelle[30]) auf Rabban Schimʿôn ben Gamli'el (Tannaït aus der Zeit des jüdischen Krieges, 70 n. Chr.) zurückgeführt wird: „Aus Pfandgeschäften resultierende Forderungen verjähren (im siebenten Jahre) nicht, auch wenn die Pfandsumme den Wert des Pfandes übersteigt". (Die Fassung des R. S. b. Gamli'el besagt: „Obgleich es nur halb so viel wert war wie das Darlehen".) Aus diesen Stellen ergibt sich, wenn man den klaren Wortlaut der Mischnâh berücksichtigt, die da sagt[31]): „Darlehen verjähren im siebenten Jahre", daß beim Pfandgeschäft nicht an eine Besitzübertragung, sondern an einen Eigentumswechsel gedacht worden ist, der natürlich durch das Erlaßjahr nie rückgängig gemacht werden kann. Das Pfandverhältnis bleibt auch über die Zeit des allgemeinen Erlaßjahres hinaus bestehen[32]).

---

[25]) Vgl. die Lex commissoria.

[26]) Schebî'ît 10, 2.

[27]) Der Schulderlaß des siebenten Jahres ist rechtlich eine Verjährung mit kurzer Frist, die zudem für das ganze Land zu derselben Zeit ohne Rücksicht auf die Dauer des einzelnen Schuldverhältnisses eintritt.

[28]) Tosefta Schebî'ît 8, 6 (Zuckermandel S. 72, Zeile 31).

[29]) Ibid 8, 5 (Zeile 30).

[30]) Baraita im Babli Schebû'ôt 44 b.

[31]) Schebî'ît 10, 1.

[32]) Diese Auffassung, der wir auch im Talmud begegnen werden, vertritt mit Schärfe Maimonides in seinem Mischnâhkommentar (zu Schebî'ît 10, 2).

Befremden erregt zunächst eine im Zusammenhang mit der Ansicht von Rabban Schimʿôn ben Gamli'el vorgebrachte Entscheidung des Rabbi Jehûdâh Ha-nâsi[33]): „Wenn das Pfand an Wert dem Darlehen gleichkommt, so verjährt die Schuld nicht; wenn sie ihm nicht gleichkommt, so verjährt sie.“ Der erste Satz enthält zum mindesten keinen Widerspruch gegen die Tosefta; schwierig ist der zweite Teil, der sich mit den oben angeführten Meinungen kaum in Einklang bringen läßt. Im Grunde ist aber auch Rabbi Jehûdâh leicht zu verstehen. Der Ausdruck „dem Darlehen gleichkommt“ (keneged ha-chôb) darf nur nicht interpretiert werden „genau so groß wie das Darlehen“, sondern „etwa so groß“. Er will zum Ausdruck bringen, daß es sich hier um einen Wertgegenstand, ein Realpfand, handelt, aus dem der Gläubiger sich ganz oder teilweise befriedigen kann. Dabei ist es gleichgültig, ob sein Wert größer oder kleiner als die Darlehenssumme ist. Im zweiten Teil seiner Entscheidung aber denkt er an die andere Art des Pfandes, wo ein fast wertloser Gegenstand in Vertretung einer Urkunde als bloßes Erinnerungszeichen an ein Darlehensgeschäft zum Pfande genommen ist, was er mit dem Ausdruck „nicht dem Darlehen entsprechend“ (lô keneged ha-chôb) andeutet. Er entscheidet dann ganz richtig, daß in diesem Falle Verjährung eintritt, denn da das Erinnerungszeichen eine Urkunde vertritt, erfolgt die Entscheidung nach folgender Mischnâh[34]): „Ein Darlehen verjährt im siebenten Jahre, gleichgültig ob eine Urkunde darüber vorhanden ist oder nicht.“ Diese Art des Pfandgeschäfts gehört eben ganz in das Obligationenrecht.

Ausdrücklich ist zu bemerken, daß aus dem Wortlaut von Mischnâh und Baraita nichts darüber zu entnehmen ist, ob die ganze Schuld nicht verjährt, oder nur der dem

---

[33]) R. Jehûdâh, der „Fürst“, ist der Redaktor der uns erhaltenen Mischnâh. Er lebte etwa 136—217 n. Chr.

[34]) Schebîʿît 10, 1.

Pfande entsprechende Teil. Diese Frage entwickelt sich erst später.

Einen dritten Beitrag zu der Auffassung vom Eigentumsrechte des Gläubigers liefert ein Fall aus dem Eherecht[35]). „Wenn einer sich eine Frau durch ein Pfandobjekt zum Weibe antraut[36]), so ist die Eheschließung gültig.“ Die an diese Stelle sich knüpfende Diskussion im Talmud vertritt die ganz richtige Auffassung, daß es sich hier um einen Pfandinhaber handelt, der mit einem Gegenstande, auf den er Geld geliehen hat, sich eine Frau antraut. Da nun ein solcher zur Eheschließung sich eignender Gegenstand dem Bräutigam zu Eigentum gehören muß und in das Eigentum der Frau übergeführt wird, so muß tatsächlich die Baraita beim Pfandgeschäft eine Eigentumsübertragung voraussetzen.

Diese drei Stellen haben gezeigt, daß das jüdische Pfandrecht einstmals den Gläubiger als Eigentümer betrachtet hat, der natürlich auch mehr Verantwortung als ein „Lohnhüter“ hat und auch für Schaden durch höhere Gewalt (ʼônes) aufkommen muß. Bevor nun der oben geschilderte Ausgleich mit der Besitztheorie sich vollzog, und bevor man sich auf die mittlere Linie des „Lohnhüters“ einigte, muß der Satz entstanden sein, der die Eigentumstheorie zum klarsten Ausdruck bringt: Baʿal chôb qône maschkôn. „Der Pfandgläubiger erwirbt das Pfand.“ Dieser Ausspruch wird einem Rabbi Isaak zugeschrieben, und es muß sich dabei unzweifelhaft um einen Rechtslehrer aus tannaïtischer Zeit handeln[37]). Der Satz ist natürlich ursprünglich nicht Ausdruck

---

[35]) Baraita im Babli Kidduschin 8b oben.

[36]) Die (noch heute) geltende Vorschrift, daß die Eheschließung durch Uebergabe eines Gegenstandes von gewissem Werte oder eines Geldstücks seitens des Bräutigams an die Braut vollzogen wird, ist eine Erinnerung an ursprünglichen Frauenkauf.

[37]) Der Satz wird im Talmud zitiert: Baba Mesîʿa 82b, Kidduschin 8b. Pesâhîm 30b, Gittin 37b. In den Einleitungswerken über die Mischnâh (z. B. Brüll, Mebô ha-mischnâh, S. 245) wird obiger Ausspruch dem

der Pfandtheorie, sondern er hat sicherlich die praktische Bedeutung gehabt, daß er das Pfandstück bei Ablauf der Darlehensfrist ohne weitere gerichtliche Intervention endgültig in das Eigentum des Gläubigers übergehen ließ. Insofern hat der Talmud recht, wenn er hervorhebt, daß der Satz nur für die Zeit nach Verfall des Pfandes und dann für die Pfändung gilt; nur muß dieses bei Verfall und Pfändung eintretende Eigentumsverhältnis theoretisch wenigstens für die vorhergehende Zeit eine Grundlage haben. In diesem Sinne gilt also der Satz für die Darlehenszeit als Ausdruck der Eigentumstheorie. Das Gesetz nun, daß der Gläubiger das Pfand bei Verfall behalten darf, statt es verkaufen zu lassen und dem Schuldner den Ueberschuß herauszuzahlen, ist für den Schuldner ungemein drückend. Es existierte auch im römischen Recht, verschwand aber später. Als nun im jüdischen Rechte die Eigentumstheorie aus der Praxis verschwand, nahm man dem Satze „der Pfandgläubiger erwirbt das Pfand" die allgemeine Geltung und deutete ihn auch theoretisch nur auf die Pfändung, wo ja der Gläubiger — allerdings durch Vermittlung des Gerichts — an dem Erlös des Pfandes tatsächlich Eigentumsrechte erwirbt. Die angeführte praktische Bedeutung, daß der Gegenstand ohne weiteres bei Verfall dem Gläubiger verblieb, muß auch im jüdischen Rechte früh verschwunden sein.

Zu erörtern bleiben noch die Rechte des Gläubigers am verpfändeten Gegenstande in Bezug auf Benutzung. Nach dem biblischen Rechte scheint jede Benutzung ausgeschlossen zu sein, hat doch sogar der Schuldner das Recht, sich sein Faustpfand vom Gläubiger zeitweilig zum Gebrauch heraus-

---

sonst bekannten Rabbi Isaak nicht zugeschrieben. Wäre ein Rechtslehrer aus talmudischer Zeit, ein Amoräer, gemeint, so könnte es sich nur um einen palästinensischen handeln, da er den Titel „Rabbi" führt (während die babylonischen „Rab" heißen). Nach Frankel, Mebô ha-jeruschalmi, S. 106—108, findet sich bei den palästinensischen Amoräern dieses Namens keine Hindeutung auf unseren Satz.

geben zu lassen. Die Mischnâh weiß von diesem Rechtssatze, der jedes Faustpfandgeschäft hindern würde, nichts mehr. Der Gläubiger darf sich allerdings auch nicht schlechtweg des Pfandes bedienen, um einen Vermögensvorteil daraus zu ziehen, da er sich durch eine solche Benutzung für sein verliehenes Kapital hätte Zinsen zahlen lassen, was verboten ist. Die Mischnâh[38]) lehrt: „Abba Saul (ein Tannaït der vierten Generation, etwa 160 n. Chr.) sagt: Man darf das Pfand des Armen an andere vermieten, um mit dem Mietsgelde die Schuld abzutragen oder sie zum mindesten zu verringern." Es ist dies das Amortisationspfand. Zu bemerken ist, daß der Gläubiger das Amortisationspfand nicht selber benutzen darf, weil er nicht im stande wäre, den Nutzwert objektiv abzuschätzen. Ferner liegt, wie später[39]) bemerkt wird, unausgesprochen in den Worten der Mischnâh, daß ein solches Nutzpfand nur bei Geräten angeht, deren Abnutzung im Verhältnis zum erzielten Gewinne eine möglichst geringe ist, damit nicht der Vorteil illusorisch werde. (So beschränkt man das Amortisationspfand auf Gegenstände, die sich überhaupt nicht merklich abnutzen, wie z. B. eine Hacke oder eine Axt.) Der Einwilligung des Schuldners bedarf es nach den späteren nicht[40]).

Zusammenfassend ist zu bemerken:

I. Form.

Zur Zeit des Abschlusses der Mischnâh (200 n. Chr.) waren zwei Formen des Faustpfandes ausgebildet:

---

[38]) Bâbâ mesî'a 6, 7. [Vgl. XX, S. 208. Kohler.]

[39]) Talmud Bâbâ mesî'a 82 b.

[40]) Maimonides, Mischne tôrâ, Malwêh we-lôweh, Abschnitt 3, § 8. — Das Amortisations- resp. Nutzpfand ist der einzige Punkt, an dem sich nachweisen läßt, daß das jüdische Pfandrecht das römische zum mindesten gekannt hat. Der Talmud kennt nämlich das antichretische Pfand und hat auch die Bezeichnung „antikrêsis" übernommen. Freilich ist ein solcher Vertrag verboten, denn antikrêsis ribît hu', „Antichresis ist Wucher!" Talmud jeruschalmi Bâbâ mesî'a VI, 11 a, Zeile 47.

a) ein relativ wertloser Gegenstand als Erinnerungsmerkmal in Vertretung einer Darlehensurkunde (sikrôn debârîm). Ins Obligationenrecht gehörig;

b) ein Realpfand, aus dessen Wert der Gläubiger seine Forderung befriedigen konnte. Ins Sachenrecht gehörig.

II. Theorie.

Ueber die Auffassung des Realpfandes (Ib) gibt es zwei Theorien:

a) das Pfand ist ein Eigentumspfand; der Gläubiger trägt volle Verantwortung für den Gegenstand (praktisch darin zum Ausdruck kommend, daß der Gläubiger das Pfand nach Verfall behalten darf);

b) es findet Besitzübertragung statt; der Gläubiger trägt nur einen Teil der Verantwortung und zwar nur bis zum Werte des Pfandes, entweder

α) als „unentgeltlicher Hüter" nur bei fahrlässigem Handeln (culpa),

β) als „Lohnhüter" auch bei Diebstahl und sonstigem Verlust (bis zur höheren Gewalt),

β ist entstanden als Vermittlung zwischen den beiden Extremen des völligen Eigentums und der geringen Verantwortlichkeit des unentgeltlichen Hüters.

III. Das Nutzpfand findet sich als Amortisationspfand.

Die Tendenz der tannaïtischen Quellen geht dahin, die allzu großen Eigentumsrechte des Gläubigers auf ein geringes Maß zurückzuführen, ihm aber dabei im Interesse des Schuldners möglichst viel Verantwortung aufzubürden.

II. Die Entwicklung im Talmud.

Der Diskussion des Talmuds lagen die verschiedenen Theorien vor, die im ersten Teile besprochen sind. Es ist

nun eine Eigentümlichkeit der talmudischen Rechtsanschauung, vielleicht des jüdischen Geistes überhaupt, einen zu irgend einer Zeit einmal aufgestellten Rechtssatz niemals für ungültig zu erklären, sondern man sucht ihm durch Umdeutung einen den neuen Verhältnissen entsprechenden Inhalt zu geben. Widersprüche will die talmudische Rechtsentwicklung dadurch ausgleichen, daß sie die Abweichungen in den Entscheidungen verschiedener Zeiten meist auf Abweichungen in den Voraussetzungen der einzelnen Fälle zurückzuführen sucht. Niemals aber wird dabei auf die in der historischen Entwicklung bedingten Fortschritte Rücksicht genommen. Der auffallendste Widerspruch beim Pfandrecht war der, daß man den Gläubiger sowohl für einen Lohnhüter wie für einen unentgeltlichen Hüter halten konnte. Nachdem wir schon im Mischnâhtexte in der Ansicht des Jehûdâh einen Ausgleichsversuch gefunden hatten, wollen wir auch die weiteren Versuche des Talmuds, diesen Streit auf seine wahren Ursachen zurückzuführen, untersuchen, da im Verlaufe dieser Diskussionen viele Fragen aus der Pfandtheorie erörtert sind, welche die tannaïtischen Quellen noch nicht berührt haben.

Der erste dieser Ausgleichsversuche (um zunächst dem Diskussionsgang von Talmud Babli Bâbâ Mesîʿa 81b zu folgen) will den Unterschied so formulieren: „Bei der Verpfändung ist der Gläubiger ‚unentgeltlicher Hüter‘, bei der Pfändung Lohnhüter.“ Der Versuch, diesen Unterschied in die Voraussetzungen hineinzutragen, wird mit Recht abgewiesen, weil die Texte von Mischnâh und Baraita ihn in keiner Weise voraussetzen; beide reden von hilwehu ʿal ha-maschkôn „wenn einer auf ein Pfand leiht“, also von Verpfändung. Der Fortschritt über die Mischnâh hinaus besteht darin, daß überhaupt der Unterschied gemacht wird.

Wie die Begriffe Pfändung und Verpfändung im jüdischen Rechte entstehen, und wie die Pfändung auch die Verpfändung nach dem Verfalltermin mit umfaßt, ist bereits auseinandergesetzt. In der scharfen Trennung der Begriffe zeigt sich der

Ansatz zu einer genaueren Abgrenzung der Rechte von Gläubiger und Schuldner.

In einem zweiten Versuch nimmt der Talmud den schon erwähnten Ausgleichversuch des Rabbi Jehûdâh auf und will den, der Früchte verleiht, als Lohnhüter, den, der Geld gibt, als unentgeltlichen Hüter ansehen. Da aber der Kardinalsatz der Mischnâh: „Der Pfandgläubiger ist ein Lohnhüter", in seiner Allgemeingültigkeit anerkannt werden muß, greift der Talmud zu dem bedenklichen Mittel einer Emendation und liest folgendermaßen (das Eingeklammerte ist hinzugefügt): „Der Pfandgläubiger ist ein Lohnhüter. (Dies gilt aber nur für den Fall, wenn er Früchte verleiht; verleiht er dagegen Geld, so ist er ein unentgeltlicher Hüter, denn) Rabbi Jehûdâh sagt: Wer Geld leiht, ist ein unentgeltlicher Hüter, wer Früchte leiht, ein Lohnhüter." Aber abgesehen davon, daß der Weg ein sehr gewaltsamer ist, wäre auch nichts gewonnen, denn nicht nur Rabbi Eliêzer, sondern auch Rabbi Aqibâ spricht ausdrücklich von Geld und nicht von Früchten; die Entscheidung, daß der Geldverleiher ein unentgeltlicher Hüter sei, würde zudem gegen Aqibâ verstoßen, in dessen Sinne alle anonymen Mischnâhsätze geschrieben sind.

Eine der wichtigsten Fragen der ganzen Pfandtheorie wird im dritten Lösungsversuche behandelt. Der Talmud versucht die Verschiedenheit in der Entscheidung auf Unterschiede im Verhältnis des Pfandwerts zum Darlehen zurückzuführen. Hierzu wird ein Satz des Amoräers Samuel[41]) angeführt, welcher lautet: „Wenn einer einen Sichelgriff als Pfand für ein Darlehen von 1000 Zuz[42]) annimmt, so ist bei Verlust des Sichelgriffs die ganze Summe verloren." Daß der Talmud diesen Satz an dieser Stelle heranzieht, ist ganz un-

---

[41]) Amoräer sind die Rechtslehrer, aus deren Diskussionen über den Mischnâhkodex die Talmude entstanden sind. Samuel war ein babylonischer Amoräer, er war Rektor der Hochschule zu Nehardea und starb im Jahre 254.

[42]) Ein Zuz = 1 Silberdenar, 0,70 Mark.

berechtigt, denn es handelt sich um die andere Form des Pfandvertrags. Nicht ein Wertgegenstand wird gegeben, aus dem der Gläubiger seine Forderung befriedigen kann, sondern der wertlose Gegenstand als Erinnerungsgegenstand; die Form, auf die wir schon aus einer Stelle der Mischnâh schließen mußten, liegt hier vor. Wenn nun auch der Talmud es klar ausspricht: „Wenn das Pfand nicht so viel wert ist, wie das Darlehen beträgt (und diesen Fall meint Samuel einzig und allein, da er als Gegenstand den wertlosen Sichelgriff ausdrücklich hervorhebt; es ist schon falsch, wenn der Talmud meint, er könne auch an ein gleichwertiges Pfand denken), so stimmt keiner mit Samuel überein," und sich damit, was einem Amoräer gegenüber gewiß zulässig ist, gegen die von Samuel angeführte Form des Pfandvertrags ausspricht, so hat doch die talmudische Diskussion auch versucht, die beiden Pfandformen, das Realpfand und das Erinnerungszeichen, miteinander zu verbinden und in Einklang zu bringen. Da sie nun absolut nichts miteinander zu tun haben, mußten dabei Schwierigkeiten verschiedener Art entstehen.

Samuel selbst hat noch konsequent entschieden. Der oben zitierte Satz enthält an einer anderen Stelle[43]), die den folgenden Ausführungen zu Grunde liegt, den wichtigen Zusatz: „bei zwei Sichelgriffen nicht", d. h. hat der Gläubiger als Pfand zwei Sichelgriffe genommen und einen verloren, so ist er seines Geldes nicht verlustig gegangen, auch nicht der Hälfte, denn er hat ja noch den einen Griff als vollgültiges Erinnerungszeichen. So mußte er logisch entscheiden, da es hier nicht auf den Wert des Pfandes ankommt, sondern allein auf das Vorhandensein eines Zeichens, und es kann der eine Griff genau so gut als Ausweis dienen wie beide zusammen. Den Beginn der Verwirrung hat Rab Nachman[44]) in die Sache hineingetragen; unter völliger Verkennung des Grund-

---

[43]) Talmud Schebû'ôt 43 b.

[44]) Babylonischer Amoräer, Schüler des Samuel.

gedankens Samuels stellt er es so dar, als ob die Sichelgriffe die Pfandsumme repräsentieren, macht sie also zu Wertgegenständen und entscheidet, daß bei Verlust des einen 500 Zuz und bei Verlust des anderen die weiteren 500 Zuz für den Gläubiger verloren seien. Dagegen sagt er noch: „Ein Sichelgriff und ein Silberstück (als Pfand) nicht", d. h. hat er ein Denkzeichen (den Griff) und einen Wertgegenstand (das Silberstück) als Pfand genommen und eins verloren, so haftet er nicht für die ganze Schuld. Wie man sich diesen Fall denken soll, ist nicht ganz klar. Wenn der Gläubiger den Wertgegenstand als Realpfand genommen hat, was soll ihm da noch das Erinnerungszeichen? Die Erörterungen haben den Boden der Praxis verlassen und verfolgen den theoretischen Zweck, beide Formen irgendwie zu verbinden. Aber man sieht bereits, daß die Entwicklung darauf hinausstrebt, eine der Formen zu unterdrücken, und zwar ist es die Form des Samuel, die zu weichen beginnt[45]). Daran ändert auch nichts, daß man in der Schule von Nehardea in dem letzteren Falle, da das Pfand aus Erinnerungszeichen und Silberstück besteht, entschieden hat, daß jedes für die Hälfte hafte. Es wird schematisch nach der Zahl der Pfandstücke geteilt, der Wert des Silberstücks wird vernachlässigt, es wird also in gewissem Sinne bloßes Erinnerungszeichen, während es anderseits, ebenso wie der Sichelgriff, doch Wertpfand bleibt, da es die halbe Darlehenssumme repräsentiert. Zu gesetzlichen Folgerungen hat diese Weiterentwicklung der Ideen des Samuel nicht geführt. In der Theorie ist bei dieser

---

[45]) Die letzte Konsequenz ziehen schließlich die Erklärer des Talmuds, die im 12. und 13. Jahrhundert in Deutschland und Frankreich leben, die Tosafisten. (Talmud Schebû'ôt 43b, Stichwort: 'abol). Sie fassen einfach den Sichelgriff als Realpfand auf, setzen das Verhältnis seines Wertes zu dem des Silberstücks wie 1 : 10 fest und lassen nun, je nach dem verlorenen Teile des Pfandes $\frac{1}{11}$ oder $\frac{10}{11}$ des Darlehens verfallen sein.

Verbindung Samuels Pfandform unterlegen [46]). Mit der Zurückweisung der ihr zu Grunde liegenden Anschauung sind auch die Folgerungen geschwunden.

Die Richtung, in der der Ausgleich der beiden Pfandformen sich bewegte, war eine Umwandlung des Erinnerungszeichens in ein Wertpfand, indem man es mit seinem noch so geringen Wert in Rechnung stellt und es so als reale Sicherheit und Deckungsmittel betrachtet. Der Talmud [47]) stellt dem Satze von Samuel den der Mischnâh gegenüber: „Der Gläubiger sagt: Einen Sela [48]) lieh ich dir, einen Sekel war das Pfand wert; der Schuldner sagt: Einen Sela liehst du mir, drei Denar (1½ Sekel) war das Pfand wert. Dann ist der Schuldner verpflichtet, die Differenz zwischen der Schuldsumme und dem Pfandwert zu bezahlen etc." Nun fragt der Talmud mit einem gewissen Rechte, warum denn der Schuldner überhaupt bezahle, er könne doch mit Samuel sagen, der Gläubiger habe eben das Pfand für die ganze Schuld angenommen, und mit dem Verlust des Pfandes sei auch das Darlehen verloren. Es ist nun sehr beachtenswert, daß der Talmud gar nicht daran denkt, auf diese Frage den Einwand zu erheben, daß man verschieden urteilen müsse, weil es sich um zwei verschiedene Formen des Pfandes handle, während noch Rabbi Jehûdâh Hanasi in der Frage der Verjährung sehr wohl diese Verschiedenheit der Formen in seiner Entscheidung beachtet hatte. Der Talmud hält das Pfand des Samuel auch für ein Wertpfand, und dann ist der Widerspruch überhaupt nicht mehr zu lösen. Der Talmud greift zu dem zwar bequemen, aber falschen Ausweg, zu behaupten, die Mischnâh rede nur von dem Falle, daß vorher durch Vertrag die Haftung des Gläubigers in Höhe des Pfandwerts festgelegt sei, Samuel da-

---

[46]) Sie lebte allerdings, wenn auch in anderer Form, später wieder auf. Vgl. S. 234 f.

[47]) Schebû'ôt 43 b.

[48]) Gemeint ist der Silberdenar (etwa 440 Mark). Der Sela hat zwei Sekel und der Sekel zwei Silberdenar.

gegen rede von einem Falle, wo nichts Besonderes bei Eingehung des Geschäfts verabredet sei. Das Mittel, einen Sondervertrag einzuführen, ist gewagt. Wenn man verborgene, nicht im Rechtssatze oder konkreten Falle ausdrücklich hervorgehobene Sonderverträge annehmen will, hört jede Rechtsentwicklung auf. Sonderverträge sind nach jüdischem Rechte (im Zivilprozeß) immer gültig, sofern sie nicht gegen Gesetz oder die guten Sitten verstoßen. Der Talmud hat den Satz des Samuel deshalb mit der Mischnâh zusammengebracht, weil auch hier nicht von einem vollwertigen, sondern von einem minderwertigen Pfande die Rede ist. In der Mischnâh ist aber das Verhältnis von Pfandwert zu Darlehen, wenn niedrig, 1 : 2, bei Samuel (sofern von einem „Wert“ überhaupt noch die Rede sein kann), wenn man den Wert des Sichelgriffs hoch mit 0,05 Mark ansetzt, etwa 1 : 14 000[49]).

Der Begriff des Vertrages (pârîsch) spielt allerdings in der späteren Entwicklung eine große Rolle. Daß seine Einführung gänzlich unberechtigt ist, zeigt sich am besten darin, daß man — wie vorausgenommen werden soll — die Vertragsverhältnisse in obigen Sätzen umkehren kann, und in der Tat sagt Chananel[50]) gerade umgekehrt, daß Samuel von einem Vertragsverhältnis spricht, nach welchem das Pfand die ganze Summe repräsentiere, während die Mischnâh von einem ohne Sondervertrag geschlossenen Geschäfte handelt. Es ist auch ganz logisch anzunehmen, daß ein Gläubiger bei einem minderwertigen Pfande nicht sein ganzes Geld verlieren will, falls dies nicht besonders abgemacht ist. Die Meinung Chananels ist, wenn schon vermittelt werden soll, weit einleuchtender als die entgegengesetzte, und es ist nicht ausgeschlossen, daß tat-

---

[49]) Bedarf es noch eines Beweises, daß Samuel den Wert des Pfandes als ganz belanglos betrachtet, so zeigt es uns Talmud jeruschalmi Schebî'ît X, 39 c, Zeile 24 von unten: „Selbst, wenn das Pfand eine Nadel ist,“ was allerdings für den Fall, der dort zur Diskussion steht, undenkbar ist.

[50]) Rechtslehrer, der im 10. Jahrhundert zu Kairovan (Cyrene) lebte.

sächlich Fälle dieser Art durch besonderen Vertrag noch in nachtalmudischer Zeit zu stande kamen [51]).

Nur noch an einer weiteren Stelle [52]) wird die Pfandform Samuels dem Wertpfande gegenübergestellt und zwar bei der Frage der Verjährung des Darlehens im siebenten Jahre. Im vorigen Abschnitt ist auseinandergesetzt, daß der Mischnâhredaktor Jehûdâh Hanasi beide Formen kennt und sie streng auseinanderhält. Der ursprüngliche Mischnâhsatz besagte, daß die ganze Pfandsumme im siebenten Jahre nicht verjährt, gleichviel ob das Realpfand an Wert das Darlehen erreicht oder nicht. Der Einfluß der Mischnâh in Schebuʿot, die den Gläubiger nur bis zur Höhe des Pfandwerts bei einem Verlust haftbar macht, ist auch bei der Verjährung zu bemerken. Der Talmud wirft die Frage auf, ob das Ganze oder nur der dem Pfandwert entsprechende Teil nicht verjährt, und kommt zu dem Schlusse, daß nur dieser letztere Teil nicht verjährt, der Ueberschuß aber (weil er als freies Darlehen angesehen wird) wohl. Nun hatte Jehûdâh Hanasi ja — und zwar im Gegensatz zu Simon ben Gamliel — entschieden, daß bei „geringwertigem“ Pfande die ganze Summe verjährt; dann ist aber die Frage berechtigt, warum er in diesem Falle, wenn so wie so Verjährung eintritt, überhaupt ein Pfand nimmt. Der Talmud antwortet: Als bloßes Erinnerungszeichen. Er hätte weiter ausführen müssen, daß es sich eben um die Pfandform Samuels handle, wenn nicht diese schon auf dem Wege gewesen wäre, sich dem Wertpfande anzupassen. Die Diskussion bringt ja den Satz von Samuel hinein, aber an der falschen Stelle, indem sie den Simon ben Gamliel für Samuel in Anspruch nimmt und Jehûdâh Hanasi gegen ihn ausspielt, was so

---

[51]) Darauf deutet, daß der Tur und Schulchan aruch durchaus die Vertragsmöglichkeit zugeben. Die betreffenden Fälle haben allerdings mit Samuel nichts mehr denn den Namen gemein; wer unbefangen den Talmud liest, muß zugeben, daß weder Samuel noch die Mischnâh an einen Sondervertrag gedacht haben.

[52]) Talmud babli Schebûʿôt 44b.

wenig angängig ist, daß es schon der Talmud selbst zurückweist.

Wir kehren nunmehr zum Ausgangspunkte unserer Betrachtungen zurück und verfolgen die weiteren Versuche zum Ausgleich von der Auffassung des Gläubigers als Lohnhüters und unentgeltlichen Hüters. Der Talmud[53]) hat bereits zugegeben, daß es sich um schâwe schiʿur zûzê, d. h. um ein Wertpfand handelt, führt aber nunmehr die Verschiedenheit auf den Satz: „der Pfandgläubiger erwirbt das Pfand", zurück. Wer den Gläubiger für einen Lohnhüter halte, erkenne diesen Satz an, wer ihn für einen unentgeltlichen Hüter ansehe, erkenne ihn nicht an. Diese Erklärung ist nun, der im ersten Teile der Arbeit ausgesprochenen Ansicht nach, die allein richtige gewesen, insofern als derjenige, der den Gläubiger für einen unentgeltlichen Hüter hält, im Pfandgeschäft der Theorie nach nur den Besitzwechsel mit vollständig erhaltenen Eigentumsrechten des Schuldners sieht und also den Satz nicht anerkennt. Zur Zeit des Talmuds ist natürlich von einem eventuell völligen Eigentumsrecht des Gläubigers keine Rede mehr. Der Satz hatte sich zwar erhalten, war aber — seiner ursprünglichen praktischen Bedeutung wieder nachgehend — auf die Verfallzeit und die Pfändung gedeutet worden. War aber einmal festgesetzt und anerkannt, daß der Satz: „der Pfandgläubiger erwirbt das Pfand", nur für Pfändung und Verfallzeit gilt, so konnte ihn der Talmud nicht mehr als Grund der Differenz, die in Frage steht, anführen. Denn beide Fälle — mit dem Worte hamalwe, „wer da leiht", beginnend — beziehen sich offenbar auf die Verpfändung. Der Talmud kann den eigentlichen Grund nicht anführen, weil er die historische Entwicklung, die Zurückdrängung der Eigentumstheorie von der Verpfändung auf die Pfändung, nicht anerkennen kann und will. Er ist demgemäß gezwungen, andere Gründe zu suchen, die falsch werden müssen. Diesen Grün-

---

[53]) Bâbâ Mesîʿa 82a.

den nachzugehen, hat wenig Zweck, da sie sich vom Gebiete des Pfandrechts völlig entfernen. Nachdem die Fälle in Analogie mit dem Aufbewahrer eines Fundstücks gebracht werden, und dieser Vergleich abgewiesen wird, spitzt sich die Frage darauf zu, ob der Pfandgläubiger ein religiöses Gebot erfülle oder nicht, und auf dieser Grundlage wird nun untersucht, ob er ein Lohnhüter oder unentgeltlicher Hüter sei [54]).

Praktisch sind wir zu dem Ergebnis gelangt, daß zur Zeit des Talmuds die Eigentumstheorie von der Verpfändung verdrängt ist, daß sie aber bei der Verfallzeit und der Pfändung sich erhalten hat; das will sagen: Ein Pfandgläubiger trägt zu talmudischer Zeit nach Ablauf der Darlehensfrist volle Verantwortung für das Pfand (also auch bei Verlust durch höhere Gewalt); ebendieselbe Verantwortung trägt er für ein

[54]) In diesem Zusammenhange gibt der Talmud auch eine Herleitung für den Satz „der Pfandgläubiger erwirbt das Pfand". Als Beispiel für die Methode des Talmuds, alle Gesetze, welche aus der fortschreitenden Rechtsentwicklung, aus dem Gewohnheitsrecht oder aus fremdem Rechte kommen, mit der Bibel in Verbindung zu bringen, sei er hier angeführt. Deuterononium 24, 13 heißt es: „Du sollst ihm (dem Schuldner) das Pfand bei Sonnenuntergang wiedergeben, und er soll auf seinem Mantel schlafen, daß er dich segne und daß es dir zur Wohltat angerechnet werde." Der Talmud bemerkt nun: „Wenn er das Pfand nicht erwirbt, wie kann ihm eine Rückgabe als Wohltat angerechnet werden?" Mit fremdem Gute kann man keine Wohltaten vollbringen. Also erwirbt der Gläubiger das Pfand. Daß es sich aber nur um Pfändung handelt, geht aus Vers 11 hervor: „(Wenn du deinem Nächsten ein Pfand nimmst) sollst du draußen stehen und der Mann, dem du leihest, bringe dir das Pfand nach draußen;" die gesperrten Worte werden nun auf den Gerichtsvollzieher (schelîach bet din), also auf die Pfändung gedeutet. Siehe Bâbâ Mesî'a 113a unten. Diese Herleitung, die vor allem mnemotechnische Zwecke verfolgte, ist sicherlich sehr jung. Allerdings braucht sie nicht erst zu der Zeit entstanden zu sein, als man den Rechtsgrundsatz nur auf die Pfändung anwendete, sondern es kann sich in ihr die Spur einer Erinnerung finden, daß der Satz: „der Pfandgläubiger erwirbt das Pfand", eine praktische Bedeutung von jeher erst in dem Augenblicke, da das Pfand verfiel, annahm.

auf Gerichtsbeschluß zwangsweise entnommenes und ihm übergebenes Pfand.

Das wichtigste positive Ergebnis unserer bisherigen Betrachtungen war die Ausschaltung der Eigentumstheorie aus der eigentlichen Verpfändung. Es waren aber schon in tannaïtischer Zeit auf dieser Grundlage Entscheidungen gefällt worden, die nunmehr mit dem Zurücktreten jener Theorie einer Revision und Modifikation hätten unterzogen werden müssen. Der Talmud gibt sich nun nicht die Mühe, die Widersprüche dieser Sätze mit der zur Herrschaft gelangten Besitztheorie auszugleichen, ja er führt noch ohne Bedenken den Grundsatz der Eigentumstheorie zur Begründung jener Entscheidungen an. Es ergibt sich daraus, daß gerade die talmudische Zeit die Uebergangszeit war, so daß wir das Zurückdrängen der Eigentumstheorie in die Jahre 200—500 verlegen müssen, ohne irgendwie den Zeitpunkt genauer präzisieren zu können. Erst den Kodifikatoren ist der Widerspruch in seiner ganzen Schroffheit aufgefallen.

Unter diesen Entscheidungen handelte es sich in der Stelle aus dem Eherechte [55]) um den Fall, daß ein Mann sich eine Frau durch einen Gegenstand antrauen will, den er nicht besitzt, für das er aber ein Pfand geben will. Die Eheschließung geht nicht an, da das Pfand in Vertretung des Gegenstandes unmöglich als Geschenk angesehen werden kann; es müßte noch ein Akt hinzutreten, der auch das Pfand oder einen Teil desselben in das Eigentum der Frau bringt. Diese Entscheidung ist nach beiden Pfandtheorien selbstverständlich. Es wird nunmehr der anscheinend widersprechende Satz: „eine durch ein Pfand vollzogene Eheschließung ist gültig“, eingeworfen. Der Widerspruch ist leicht zu lösen, denn im Falle dieser eingeworfenen Baraita handelt es sich um ein maschkôn de-acherim, „ein Pfand von anderen“, d. h. ein Pfand, auf das der Bräutigam Geld geliehen hat, und daß er mit diesem

[55]) Talmud babli Kidduschin 8a unten.

Pfande ehelichen kann, begründet der Talmud mit dem Satze des Rabbi Isaak. Die Entwicklung ist noch völlig unabhängig von der in Baba Mesiʿa und Schebuʿot. Diese Talmudstelle weiß noch nichts davon, daß der Satz: „der Pfandgläubiger erwirbt das Pfand“, sich nur auf die Pfändung bezieht und demgemäß zu der die Verpfändung betreffenden Baraita in Widerspruch steht.

Ganz ähnlich ist die Anschauung in der Stelle des Traktats Gittin [56]). Dort ist die Erklärung des Grundes strittig, warum im siebenten Jahre Forderungen nicht verjähren, sofern sie aus Faustpfandgeschäften resultieren. Der Grund bleibt (wie schon in Teil I auseinandergesetzt wurde) dabei, daß der Gläubiger das Pfand nach dem Grundsatze des Rabbi Isaak erworben hat. Auch hier ist derselbe Widerspruch wie in der vorigen Stelle unbeachtet geblieben. Es sei aber zu diesem Falle bemerkt, daß er für die Praxis keine Bedeutung hat, da die Verjährung im siebenten Jahre de jure wohl noch bestand, de facto aber seit dem Prosbol Hillels [57]) aufgehoben war, da sie der Kreditgewährung hinderlich war.

Dasselbe Bild bieten schließlich die Verhandlungen im Traktate Pesachim [58]). Die zuerst dort aufgeworfene Frage, ob der Gläubiger vom Augenblicke der Darlehensgewährung an (lemafreʿa) Eigentumsrechte an einer Pfandsache erwerbe oder erst vom Verfalltermin an (mikaʾn ulehabâ), ist an sich sehr wichtig, bezieht sich aber nicht auf das Faustpfand, sondern nur auf verpfändete Mobilien und Immobilien, die im Besitze des Schuldners verbleiben, also auf Hypothekengeschäfte. Dort ist auch die Frage dringender, denn der Fall mag häufig eintreten, daß der Schuldner während der Leihzeit das Pfand veräußert hat. Das Faustpfand kann der Schuldner kaum veräußern, denn es ist nicht in seinem Besitze, der Gläubiger

---

[56]) Gittin 37 a.

[57]) Lebte zur Zeit des Herodes. Zum Prosbol = προσβολή, vgl. Schürer, Geschichte des jüdischen Volkes[3], S. 363. [Zeitschr. XX, S. 178. Kohler.]

[58]) Pesâhîm 30 b f.

muß ebenfalls mindestens abwarten, ob nicht der Schuldner am Verfalltage das Pfand einlöst; hat er es aber veräußert, so behält jener, da er nach Ansicht des Talmuds während der Darlehenszeit Eigentümer der Sache bleibt, sein Rückforderungsrecht gegen jedermann. Die Diskussion muß also die Hineintragung dieser Frage zurückweisen, und die Mischnâh wird, wie schon früher auseinandergesetzt wurde, auf den Satz: „der Pfandgläubiger erwirbt das Pfand", zurückgeführt, ohne daß auch hier der Talmud den aufgezeigten Widerspruch beachtet.

Das talmudische Material ist damit erschöpft, bis auf einen Fall, der zwar zur Theorie nichts Neues bringt, aber immerhin zeigt, daß die Anschauung von der Teilung des Pfandes in einen dem Darlehen entsprechenden Anteil und den Ueberschuß zu talmudischer Zeit völlig durchdrungen ist. Es heißt im Traktate Baba Qamma[59]):

I. Wenn ein Pfand eines Israeliten sich in der Hinterlassenschaft eines Proselyten befindet (die sonst herrenloses Gut wird), so fällt es an den ursprünglichen Besitzer zurück.

II. Ist ein zur Hinterlassenschaft eines Proselyten gehöriges Pfand bei einem Israeliten und ergreift ein beliebiger anderer Israelit davon Besitz, so hat der Gläubiger Anrecht auf das Pfand bis zur Höhe der Forderung und der Rest gehört dem anderen.

Der erste Teil ist nach der Besitztheorie selbstverständlich, und auf diesem Standpunkt scheint auch der Fall zu stehen. Aber selbst der Vertreter der Eigentumstheorie wird nicht anders entscheiden können. Wäre es freilich ein völliges uneingeschränktes Eigentumsrecht, so wäre kein Grund, weshalb nicht das Pfand wie das andere Gut des Proselyten als herrenloses behandelt würde. Aber selbst der weitestgehende Vertreter der Eigentumstheorie muß dem Schuldner das Einlösungsrecht zugestehen[60]), und dieses Recht genügt, um ihm

[59]) Bâbâ Qamma 49 b.

[60]) Nach Verfall des Pfandes ist mehr denn fraglich, ob der Schuldner dieses Recht noch besitzt. Wer also den Satz: „Der Pfandgläubiger

das Vorzugsrecht auf sein Pfandstück aus der Hinterlassenschaft zu geben. Den zweiten Fall muß man sich so vorstellen, daß der Gläubiger das Objekt nicht derart aufbewahrt, daß beim Eintritt des Todes die Art der Aufbewahrung es für ihn sofort erwirbt (was z. B. der Fall sein würde, wenn er es in seinem Hause oder Hofe aufbewahrte), sondern daß es einem anderen möglich ist, Hand daran zu legen[61]. Daß der dem Darlehen entsprechende Teil nach beiden Theorien erworben ist, ist klar, da der Pfandgläubiger zur Befriedigung seines Anspruchs auf jeden Fall ein Vorzugsrecht vor jedem anderen Israeliten genießt.

Wenn wir aus dem besprochenen Material den Fortschritt über die tannaïtische Zeit hinaus zusammenfassen, so ist zu bemerken:

1. Die Form des Pfandes als bloßes Erinnerungszeichen (sikrôn debarim) ist völlig zurückgedrängt; es gibt nur noch ein Wertpfand.

2. Die Ansicht, daß der Gläubiger Eigentumsrechte am Pfande hat, wird auf die Zeit nach Verfall des Pfandes und auf die Pfändung beschränkt. Während der Darlehensdauer hat der Gläubiger die Pflichten und die Verantwortung des Lohnhüters.

3. Der Grundsatz, daß der Gläubiger, falls das Pfand nicht so viel wert ist wie die Darlehenssumme, nur in Höhe des Pfandwerts haftet, ist streng durchgeführt. Auch für die Verjährung im siebenten Jahre ist in der Theorie festgesetzt,

---

erwirbt das Pfand", auf die Verfallzeit anwendet, muß fragen, ob nicht in diesem Falle wirklich vollständiges Eigentum und damit im Todesfall herrenloses Gut aus dem Gegenstand geworden ist. Tosaf. Bâbâ Qamma 49 b. Stichwort: Mischkenô geht über diese Frage hinweg und zeigt damit, daß seine Zeit die Besitztheorie auch auf die Verfallzeit ausgedehnt hat.

[61]) Der bei dieser Sachlage sich aufdrängende Gedanke, daß es sich überhaupt nicht um ein Faustpfand, sondern um ein Hypothekengeschäft handelt, wird durch den Wortlaut des Satzes zurückgewiesen, welcher besagt: Das Pfand war bejad jisra'el „in der Hand des Israeliten".

daß nicht das ganze Darlehen als Schuld bleibt, sondern nur der dem Pfande entsprechende Teil.

4. Obwohl der Gläubiger als Hüter des Pfandes betrachtet wird und die Besitztheorie sich im allgemeinen durchgesetzt hat, hält der Talmud daran fest, daß die nach Verfall eventuell eintretende Eigentumserwerbung schon für die Darlehenszeit insofern Eigentumsrechte verschafft,

a) als der Gläubiger durch das Pfand sich eine Frau antrauen kann,

b) als das Pfandgeschäft nicht der Verjährung im siebenten Jahre unterliegt,

c) als verpfändetes Gesäuertes als dem Gläubiger gehörig betrachtet wird.

Die Tendenz des Talmuds geht darauf hinaus, der Besitztheorie zur alleinigen Herrschaft zu verhelfen.

III. Die Entwicklung in nachtalmudischer Zeit.

Da die Mischnâh nur den Standpunkt des jüdischen Rechts zu einer bestimmten Zeit darstellt, ohne daß diese Kodifikation darum das Rechtsbewußtsein erstarren macht und eine weitere Entwicklung verhindert, hat sich später noch oft die Notwendigkeit herausgestellt, das Material an Gesetzen zusammenzustellen. Eine Fortentwicklung liegt noch vor, solange eine Anwendung der Rechtssätze zur Entscheidung von Streitigkeiten im praktischen Leben stattfindet.

Wenn man nun bedenkt, daß in zivilrechtlichen Fragen noch heute — trotz der Staatsgesetze — ein großer Teil der in Rußland und Galizien lebenden Judenheit nach jüdischem Rechte gerichtet wird, daß es sogar in Teilen Deutschlands nicht allzulange her ist, daß jüdisches Eherecht dem allgemeinen Platz machen mußte, wird man anerkennen, daß die Fortentwicklung des Rechtes über die talmudische Zeit nicht rein akademischer Natur ist, sondern daß sie im Leben wurzelt und also aus dieser Betrachtung nicht ausgeschaltet werden

darf. Freilich erfährt in dieser Entwicklung das Rechtssystem kaum noch Veränderungen. Sie besteht meist nur in der Anwendung der Theorie auf Fälle, die noch nicht vorhergesehen waren und auf die Entscheidung, wenn verschiedene Gebiete ineinandergreifen. Diesen letzten Punkt zu betrachten, liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit. Es soll aus den Dezisoren und Kommentatoren nur das hervorgehoben werden, was sie zur Entwicklung der Pfandtheorie als solcher beigetragen haben, und inwiefern sie die vom Talmud verfolgten Tendenzen weiter entwickelt haben.

Wir beginnen mit dem, was Isaak ben Jakob (Alfasi)[62]) in seinem Talmudkompendium für das Wesen der Pfandtheorie angesehen hat. Nach seiner Anschauung[63]) gilt der Pfandgläubiger als ein Lohnhüter. Dabei ist gleichgültig, ob das Darlehen aus Geld oder Früchten bestand, ob es sich um ein freiwilliges Pfand einerseits, um ein verfallenes resp. durch Pfändung erlangtes anderseits handelte. Er entscheidet: „Ist das Pfand an Wert gleich dem Darlehen, so gleichen sich bei Verlust die Forderungen aus. Ist das Pfand an Wert geringer als das Darlehen, so bezahlt der Schuldner den Ueberschuß. Ist das Pfand an Wert größer als das Darlehen, so zahlt der Gläubiger den Ueberschuß." Bei Verlust durch höhere Gewalt trägt der Schuldner den ganzen Schaden. Die Pfandform des Samuel kennt Alfasi nicht. Den Fall deutet er so, daß der Gläubiger auch da nur das Geld in den Fällen verliert, in denen ein Lohnhüter haftet, aber auch da nur bis zur Höhe des Pfandwerts. Die Fortentwicklung bei Alfasi besteht darin, daß die Eigentumstheorie, die der Talmud auf Verfallzeit und Pfändung beschränkt hat, auch von dort verdrängt wird. Der Gläubiger ist nach der Verfallzeit immer noch

[62]) Lebte von 1013—1103, aus Fez gebürtig und darum allgemein nur unter dem Namen „Alfasi" bekannt. Sein Talmudkompendium (Halakôt) behandelt nur die zu seiner Zeit noch geltenden gesetzlichen und rituellen Partien.

[63]) Zu den oben zitierten Stellen in Schebû'ôt und Bâbâ Mesî'a.

Hüter und nicht Eigentümer der Sache, auch nicht des dem Darlehen an Wert korrespondierenden Teils. Das bedeutet für die Praxis, daß das Recht des Schuldners auf den Ueberschuß in gewisser Weise festgelegt wird und daß der Gläubiger sich nicht eigenmächtig aus dem verfallenen Pfande befriedigen darf. Das Eigentum an dem Pfande in Höhe seines Darlehens muß ihm durch den Richter besonders zuerkannt werden. Ferner wird durch Alfasi nur das Wertpfand anerkannt. Die Haftung der ganzen Summe, ob mit Vertrag oder ohne Vertrag, ist aufgehoben. Wegen der späteren Entscheidungen der Tosafisten und des Ascher ben Jechiel[64]) ist hervorzuheben, daß Alfasi den Gläubiger stets als Lohnhüter ansieht, also auch für den Fall des Verlustes eines Pfandes, das die Darlehenssumme an Wert übertrifft, eine Herausbezahlung des Restes seitens des Gläubigers anordnet.

Wichtig für die Auffassung des Alfasi ist die Art, wie er sich mit den Stellen abfindet, in denen der Talmud, noch auf der Eigentumstheorie fußend, entscheidet. Im Falle der Eheschließung durch Pfand schließt er sich Baraita und Talmud an, daß durch das Pfand eine gültige Ehe geschlossen werden kann, führt auch die Begründung des Rabbi Isaak wörtlich an. Daß im Talmud der Widerspruch nicht bemerkt wurde, erklärt sich schließlich daraus, daß der Talmud keine Kodifikation ist und daß er darum durchaus nicht einheitlich redigiert ist. Daß Alfasi aber den Gegensatz zur herrschenden Theorie nicht gemerkt haben sollte, ist kaum anzunehmen. Die einzige Erklärung ist die, daß hier die Anfänge einer Richtung zu finden sind, welche die Frage der Verantwortlichkeit von der des Eigentumsrechts völlig trennen zu können glaubt und annimmt, der Gläubiger sei nicht Lohnhüter, sondern gleiche einem solchen, d. h. der Gläubiger habe, obwohl er Eigentümer sei, nicht die volle Verantwortung zu tragen, sondern er müsse als Aequivalent für die Möglich-

---

[64]) Vgl. S. 234.

keit der Einlösung, die dem Schuldner noch gelassen sei, wenigstens in der Verantwortung etwas herabgesetzt werden und nur die eines Lohnhüters zu tragen haben. Die Frage der Verjährung in Gittin berührt Alfasi nicht, da er nur das geltende Recht bearbeitet, auch in Schebûʿôt, wo diese Frage ja gestreift war, hat er nur referiert, aber keine Entscheidung gefällt.

Ganz entschieden hat er aber die Eigentumstheorie in der Entscheidung zu Pesachim abgelehnt. Er erklärt nämlich die dortige Mischnâh: „Es handelt sich um den Fall, daß man ein Pfand gibt und dem Gläubiger sagt: Der Gegenstand sei dein Eigentum von nun an, wenn ich dir nicht bis zu einem bestimmten Termine das Geld gebracht habe. Hat er aber nicht ausdrücklich gesagt: Der Gegenstand sei dein Eigentum von nun an, so hat der Nichtisraelit ihn nicht erworben. Er gehört dann noch dem Israeliten und ist demgemäß zum Genusse verboten. So bleibt die Halâkâ.“ Alfasi nimmt den Fall so, daß der Israelit dem Nichtisraeliten das Pfand in Verwahrung gibt. (Wäre es nicht so, würde es selbstverständlich zum Genusse verboten sein.) Ferner muß eine besondere Abmachung wegen des Verkaufs stattgefunden haben. Man braucht nun nicht anzunehmen, daß Alfasi bewußt in dieser Weise interpretiert, um die Eigentumstheorie auszuschalten; aus welchem Grunde er nun auch diese schon von der Tosefta[65]) gebotene Erklärung aufnimmt, jedenfalls zeigt sich das Bestreben, auch für die auf der Eigentumstheorie stehenden Fälle Erklärungen ausfindig zu machen, welche den Satz des Rabbi Isaak entbehrlich machen.

Es seien die Entscheidungen des Maimonides[66]) hier an-

---

[65]) Vgl. S. 209 f.

[66]) Moses Maimonides (1135 zu Kordova geboren und 1204 zu Kairo gestorben), als Philosoph, Arzt und Jurist gleich bedeutend, schrieb von 1170—1180 das Werk „Mischneh Tôrâ“ (Wiederholung des Gesetzes), welches in vierzehn Büchern einen Kodex der gesamten jüdischen Gesetzgebung darstellt. Mit Zivil- und Strafrecht beschäftigen sich das 11.—14. Buch.

gefügt: In Bezug auf die Verantwortlichkeit steht er völlig auf dem Standpunkte des Alfasi [67]), von ihm stammt die Verordnung, daß beim Amortisationspfand das Einverständnis des Schuldners nicht erforderlich ist [68]). Was seine Stellung zu den Fällen anbetrifft, bei denen noch der Talmud auf dem Standpunkte der Eigentumstheorie fußte, so hat er bei dem Falle aus dem Eherecht [69]) ausdrücklich die Besitztheorie hervorgehoben und zugegeben, daß das Pfand dem Gläubiger nicht gehört, anderseits aber läßt er die Eheschließung zu und erkennt damit Eigentumsrechte an. Er hat den Widerspruch voll erfaßt und ihn doch nicht zu tilgen versucht. Er hat nicht die Eheschließung durch Pfand für ungültig erklären wollen, was nach dem über den Geist der jüdischen Rechtsentwicklung Gesagten ganz erklärlich ist. In den weiteren beiden Fällen bedeutet Maimonides ebenfalls keinen Fortschritt über Alfasi hinaus, indem auch er den Fall in Pesachim durch Annahme eines Sondervertrages aus dem Pfandrecht hinausbringt [70]) und den für die Praxis unwesentlichen Fall der Verjährung im siebenten Jahre in seinem vollen Widerspruch mit der Besitztheorie stehen läßt [71]).

Wir wenden uns zu den Arbeiten der Tosafisten, den Erklärern des Talmuds im 12. und 13. Jahrhundert in Deutschland und Frankreich. Durch sie hat die Auffassung mancher

---

[67]) Siehe Mischneh Tôrâ, Malweh welôweh, Abschnitt 13, § 4, was hier nicht genauer ausgeführt zu werden braucht, da Theorie und Grundentscheidungen dieselben sind; nur sind die Fälle präzisiert worden, so ist z. B. die Zeit für ein Pfanddarlehen ohne nähere Abmachung (30 Tage) festgesetzt. Die Grundanschauung, auf welche die Entscheidungen sich stützen, ist zu finden: Mischneh Tôrâ, Sekîrût, Abschnitt 10, § 1.

[68]) Mischneh Tôrâ, ibid, Abschnitt 3, § 8.

[69]) Mischneh Tôrâ, 'Ischût, Abschnitt 5, § 14, wo es ausdrücklich vom Pfande heißt: 'af ʻal pî scheênô schelô, „obwohl es ihm (dem Gläubiger) nicht gehört."

[70]) M. T. Chames umassa, Abschnitt 4, § 5.

[71]) Ibid.

unserer Talmudstellen eine eingreifende Aenderung erfahren, die auch für die Praxis von Bedeutung gewesen ist.

Wie schon erwähnt, war der Versuch, das Wertpfand mit dem Erinnerungszeichen als Pfand zu vereinen, indem man beim Wertpfande allgemein einen Vertrag voraussetzte, sehr schwach, und die Annahme des Chananel [72]), daß im zweiten Falle an einen Vertrag zu denken sei, ist entschieden glücklicher. Dieser Ansicht schließt sich denn auch Ascher ben Jechiel (Rosch) [73]) an. Er fühlt allerdings selber die Schwäche der Einführung des Vertrages überhaupt und bemerkt: „In zivilrechtlichen Dingen hat jede Abmachung Gültigkeit“ [74]). Während nun Chananel immerhin noch in Uebereinstimmung mit dem Talmud die Ansichten des Samuel verworfen hatte, stützen sich die Tosafisten [75]) und nach ihnen Rosch darauf,

---

[72]) Tosaf. Schebû'ôt 43 b. Stichwort: Matnîtîn.

[73]) War Rabbiner in Toledo, starb 1327. Sein gewöhnlich Ascheri genanntes Talmudkompendium ist wie das des Alfasi nicht nach Materien geordnet, sondern folgt dem Diskussionsgange des Talmuds.

[74]) Die Antwort, durch die er das Bedenken zerstreut, daß man doch selbstverständlich jeden Vertrag abschließen könne und daß darum der Fall überflüssig sei, ist ebenfalls nur gezwungen: „Trotzdem der Fall, wenn ein Vertrag vorliegt, überflüssig ist und der Erwähnung nicht bedurft hätte, muß er besonders angeführt werden, um zu betonen, daß hier ein wirklicher Vertrag und keine 'asmaktâ ‚bloßes Beruhigungsversprechen‘ (um z. B. eine Partei schneller zum Abschluß eines Geschäfts zu bringen) vorliegt.“ Solche „Beruhigungsversprechen“, auf deren Erfüllung nach der ganzen Sachlage von vornherein nicht gerechnet werden konnte, sind ungültig und Forderungen aus ihnen nicht einklagbar. Aber auch das ist, wie Rosch selber bemerkt — allerdings nicht, um sich selber zu widerlegen —, falsch; denn man kann überhaupt niemals diesen Vertrag für ein bloßes Beruhigungsversprechen halten, weil er nicht, wie sonst eine 'asmaktâ, dem Gläubiger N u t z e n, sondern nur Schaden bringt. Die Frage bleibt also, warum Samuel etwas Selbstverständliches sagt. — Unter Vertrag braucht allerdings kein formeller Vertrag verstanden zu werden. Die Zusicherung des Gläubigers, das Pfand für die ganze Summe anzunehmen, genügt. Vgl. Tur und Schulchan arûch, Chôschen mischpât, § 71, $_{1-2}$.

[75]) Vgl. Rosch zu Schebû'ôt und Tosaf 44 a. Stichwort: Schômer.

daß im Traktate Schebûʿôt die Meinung Samuels sowie die darauf fußende Entwicklung unwidersprochen bleiben und entscheiden mit Chananel einerseits, daß Samuel derjenige ist, der von einem Vertrage spricht, anderseits aber halten sie an seiner Ansicht fest, daß das minderwertige Pfand die ganze Summe repräsentiere [76]). Diese Folgerung kommt ebenfalls darauf hinaus, die Abschaffung der Pfandform Samuels zu bekräftigen. Es läßt sich, wenn eben ein Vertrag vorausgesetzt ist, gegen diese Auffassung nichts einwenden, außer der wichtigen Frage, warum denn unter den Tausenden von Vertragsmöglichkeiten gerade dieser Fall angeführt worden ist. Diese Frage zeigt zugleich, daß die Voraussetzungen der Tosafisten nicht in den Fällen liegen, sondern von ihnen hineingetragen worden sind.

Die Tosafisten und Rosch entscheiden fernerhin, daß die Auffassung, der Pfandgläubiger sei ein „unentgeltlicher Hüter“, ebenfalls ihre Berechtigung habe. Nun kann aber gegen den klaren Wortlaut der Mischnâh, daß der Gläubiger ein „Lohnhüter“ sei, nicht entschieden werden; um aber doch den Gläubiger einen „unentgeltlichen Hüter“ sein zu lassen, hält Rosch ihn für einen Lohnhüter nur bis zur Höhe des Darlehens. Bis zu dieser Stufe besteht gewissermaßen ein Vertrag [77]), nach welchem der Gläubiger als ein „Lohnhüter“ haftet; was das Pfand darüber hinaus an Wert besitzt, unterliegt eigentlich nicht mehr den Regeln des Pfandvertrages, und der Gläubiger ist in Bezug auf ihn ein unentgeltlicher Hüter, der nur bei Fahrlässigkeit haftet [78]). Wir haben schon (S. 207)

---

[76]) Z. B. Tosaf, Bâbâ Mesîʿa 82 a. Stichwort: Lô.

[77]) Vgl. Tosaf, Bâbâ Mesîʿa 81 b. Stichwort: ʾÊmûr: „Was (vom Gelde) dem Werte des Pfandes entspricht, ist gewissermaßen durch Vertrag geregelt.“

[78]) Eine Schwierigkeit bleibt bei dieser Annahme. Denn wie setzt sie sich mit der Mischnâh in Schebûʿôt 6, 7 in Einklang, die den Gläubiger auch für den Rest als „Lohnhüter“ haftbar macht und eine Herausbezahlung von seiner Seite voraussetzt? Die Tosafisten haben die Schwierig-

diese Möglichkeit kurz berührt. Es liegt nun dieser Anschauung weit mehr als eine rein theoretische Entwicklung oder gar die Lust an der Aufwerfung von Schwierigkeiten und Paradoxen zu Grunde. Denn die Ansicht, der Gläubiger sei ein „unentgeltlicher" Hüter, war der reinste Ausdruck der Besitztheorie, und es ist typisch für die Entwicklung, wenn sie, wofern es nur irgend angängig ist, die Besitztheorie vordringen läßt.

In dieser Anschauung ist zum ersten Male klar einer der wichtigsten Fortschritte des Pfandrechts zum Ausdruck gekommen. Wenn der Gläubiger für den Restwert des Pfandes ein unentgeltlicher Hüter ist, so hat das nur für den seltenen Fall des Verlustes für den Schuldner eine schlimmere Folge (insofern als dann der Gläubiger — falls er nicht fahrlässig gehandelt hat — nicht ersatzpflichtig ist). Sonst ist aber der Schuldner besser daran, denn dieser Restwert ist sein uneingeschränktes Eigentum. Diese Anschauung ist der vollkommenste Ausdruck des Rechts, das der Schuldner am Ueberschuß des Pfandwerts oder des Erlöses hat. Gerade letzteres ist wichtig. Denn dieses unumschränkte Recht auf den Ueberschuß kann nur dann dem Schuldner in Wahrheit zu seinem Gelde verhelfen, wenn es nicht der Schätzung des Gläubigers überlassen bleibt, wieviel der Ueberschuß beträgt, sondern wenn das Pfand verkauft wird und der Schuldner das Geld erhält. Daß dieser große Fortschritt in den späteren Kodifikationen nicht als alleiniges Gesetz aufgeführt wird, liegt daran, daß in einigen Fällen, nämlich wenn das Pfand verloren gegangen ist, der Schuldner einen Schaden hat, was gegen die sonstige Tendenz des Talmuds geht, den wirtschaftlich schwächeren möglichst zu begünstigen. Ein anderer Hin-

keit wohl bemerkt und suchen sie zu lösen, indem sie die Mischnâh in Schebû'ôt auf den Fall einer groben Fahrlässigkeit oder eines vom Gläubiger sonstwie mutwillig verschuldeten Verlustes deuten. Tosaf. Bâbâ Mesî'a 29a. Stichwort: Wehevê. Diese Annahme ist aber eine ganz unsinnige.

derungsgrund war der Widerspruch gegen eine Stelle der Mischnâh [79]).

Noch ein großes Verdienst besitzen die Tosafisten. Sie haben nämlich den Widerspruch zwischen den Stellen, die im Gläubiger einen Besitzer sehen und denen, die ihn als Eigentümer betrachten, genauer untersucht, während die früheren Kodifikatoren sich damit begnügt hatten, ihn zu konstatieren. Schon Raschi [80]) hatte den Ausdruck qône maschkôn, „erwirbt das Pfand“, der anscheinend so wenig mit dem „Hüter“ zu tun hatte, logisch ergänzt durch die Worte: „um auch bei Verlust durch höhere Gewalt ersatzpflichtig zu sein“, und die Tosafisten werfen die Frage auf, wie denn der „Hüter“ und der Erwerber vereint werden können. Ferner war ihnen auffallend, wie der Talmud den Satz: „Der Pfandgläubiger erwirbt das Pfand“, auf Verfallzeit und Pfändung deuten könne und ihn doch zur Erklärung von Fällen anführe, die offenbar von Verpfändung handeln. Beide Fragen hängen eng zusammen. Die Lösung, die die Tosafisten geben, ist schon angedeutet worden. Sie sagen [81]): Wenn auch der Satz des Rabbi Isaak nur auf die Zeit nach Verfall des Pfandes geht, so erwirbt der Gläubiger doch rückwirkend eine gewisse Anzahl von Eigentumsrechten, die zwar nicht den aus einem völligen Kauf resultierenden gleichkommen, aber der Gläubiger immerhin über das Maß des Lohnhüters weit hinausheben. Diese Ansicht kehrt an einigen Stellen wieder [82]). Was nun die schwierige Frage der Erklärung des Wortes qône, „erwirbt“,

[79]) Vgl. die vorige Anmerkung.

[80]) Abkürzung für Salomo ben Isaak (1040—1105), der berühmteste Erklärer des Talmuds, dessen klarer und präziser Kommentar jeder Talmudausgabe beigedruckt wird. Die Ergänzungen zu diesem Kommentar seitens der Schüler Raschis sind die Tosafot, „Zusätze“.

[81]) Bâbâ Mesî'a 81 b. Stichwort: Wehâ.

[82]) So vor allem Kidduschin 8 b. Stichwort: Maschkôn de-acherim, wo der Gedankengang für alle drei auf der Eigentumstheorie fußenden Fälle durchgeführt wird. Ferner Pesâchím 31 b. Stichwort: Bide-rabbi, Gittin 37 a. Stichwort: Scha'ani.

betrifft, so weichen die Tosafisten von der Tendenz des Talmuds, die Besitztheorie uneingeschränkt zur Herrschaft zu bringen, nicht ab. Sie erklären, daß der Gläubiger in Wahrheit nicht ein Lohnhüter *sei*, sondern nur einem solchen *gleiche*[83]), indem mit der Erwerbung des Pfandes nicht eine Erwerbung gemeint sei, die ihn zu Schadenersatz bei Verlust durch höhere Gewalt verpflichte, sondern „erwerben" sei hier nur in dem Sinne zu verstehen, daß er bei Diebstahl und Verlust (*wie* ein Lohnhüter) zum Schadenersatz verpflichtet sei[84]). Als Aequivalent für die Möglichkeit mit dem Pfande ein Weib zu ehelichen etc., übernimmt er die Verantwortung des Lohnhüters. Zwar haben die Tosafisten richtig gefühlt, daß tatsächlich der Lohnhüter im Pfandrecht aus der theoretischen Basis der Eigentumstheorie hervorgegangen ist, nur haben sie nicht beachtet, daß ihre Erklärung des Wortes qône ihm die wirkliche Bedeutung des Erwerbens, wozu unbedingt das Tragen des Schadens bei Verlust durch höhere Gewalt gehört, völlig genommen hat[85]). Der Ausweg, den Lohn des Gläubigers darin zu erblicken, daß er am Pfande insoweit Eigentumsrechte erwirbt, um damit eine Frau ehelichen zu können, ist eine geistreiche Erklärung, die aber an dem Fehler leidet, daß der Gläubiger eigentlich einen doppelten Lohn erhält; denn erstens erwirbt er die geschilderten Eigentumsrechte, zweitens

---

[83]) So Tosaf, Schebû'ôt 44 a. Stichwort: Mika'n.

[84]) Tosaf, Kidduschin 8 b. Stichwort: Minajin.

[85]) Später hat man das Gezwungene und Falsche dieser Art von Verbindung der grundverschiedenen Theorien deutlich gefühlt. So sagt Sabbatai Kohen (gewöhnlich nach seinem Hauptwerke Sifte Kohen „Schach" genannt, 1622—1663, kommentierte zwei Teile des Schulchan arûch) zu Schulchan arûch, Chôschen Mischpât, § 72, mit Schärfe: „Was die Tosafisten und Rosch geschrieben haben, daß er es insoweit erworben habe, als es sein Eigentum zum Ehelichen eines Weibes sei u.s.w. und daß er darum ein Lohnhüter sei, ist in sich ein innerer Widerspruch. Denn wenn er kein vollständiges Eigentumsrecht erworben hat, wie kann er da ein Weib ehelichen oder Sklaven damit kaufen? Die Bedeutung von qône ist also ein wirkliches Erwerben."

aber wird ihm noch die eigentlich damit verbundene Verantwortlichkeit bei Verlust durch höhere Gewalt abgenommen. Die Erklärung nimmt an, es könne eine Eigentumsübertragung stattfinden, ohne ein Aequivalent an Pflichten auf seiten des Erwerbers zu schaffen, was aber nach jüdischer Rechtsanschauung nicht möglich ist. Durch diese Erklärungsweise hat aber Rosch sowohl in dem Falle aus dem Eherecht, wie in den anderen Fällen sich der Entscheidung des Maimonides anschließen können. Der Fortschritt bei ihm besteht darin, daß er versucht hat, allen Fällen eine Deutung zu geben, auch wenn man ganz auf dem Boden der Besitztheorie steht.

Von praktischen Ergebnissen der Entwicklung bei den Tosafisten und Rosch ist nur hervorzuheben, daß das Recht des Schuldners am Ueberschuß des von der Behörde verkauften Pfandes schärfer betont wird als je vorher, indem der Gläubiger in Bezug auf den diesem Ueberschuß entsprechenden Teil des Pfandes zu einem unentgeltlichen Hüter gemacht wird.

Zum Schluß werfen wir noch einen kurzen Blick auf die letzten Kodifikationen des talmudischen Rechts, auf Tur und Schulchan aruch[86]). Daß sie in voller Ausführlichkeit das ganze Pfandrecht mit der Behandlung selbst der feinsten Fragen geben, ist selbstverständlich. An Theorie und Entscheidungen haben sie nichts mehr geändert; nur das eine sei hervorgehoben, daß sie die Ansicht des Rosch, der Gläubiger sei in gewissem Sinne ein „unentgeltlicher Hüter", wenigstens anführen[87]). (Im Schulchan aruch in Form eines jesch 'ômrîm,

---

[86]) Nach ihnen wird noch heute entschieden. Der Tur (eigentlich: 'arbâ turim) stammt von Jakob ben Ascher (starb 1340), auf diesen Kodex gründete Josef Karo (1488—1575) seinen Schulchan arûch, dessen vierter Teil (Chôschen Mischpât) Zivil- und Strafrecht behandelt. Das Verwaltungsrecht ist — im Gegensatze zu Maimonides — nicht bearbeitet worden, da Karo nur jene Dinge herangezogen hat, die für die Juden seiner Zeit Geltung hatten. Er war aus dem Kreise der spanischen Juden hervorgegangen und hat nur das für die spanischen Juden geltende Recht aufgenommen. Betreffs der deutschen Juden siehe S. 240.

[87]) Chôschen Mischpât, § 72, 2.

d. h. „manche Lehrer entscheiden".) Die Herrschaft der Besitztheorie steht heute endgültig fest. Was die Reste der Eigentumstheorie anbetrifft, so ist die Bestimmung über die Nichtverjährung des Pfandes im siebenten Jahre im praktischen Leben gegenstandslos geworden [88]), der Fall der Verpfändung des Ungesäuerten hat sich auf andere Weise durch die Annahme des Sondervertrags deuten lassen [89]), und nur der Fall der Eheschließung durch ein Pfand ragt als letzte Säule bis in unsere Zeit hinein [90]), allen Versuchen trotzend, eine annehmbare Erklärung auf Grund der Besitztheorie zu finden.

Zusatz.

Diese treffliche Arbeit bietet eine schätzenswerte Ergänzung zu meiner institutionenweisen Darstellung XX, S. 207 f., der ich den Wunsch beifüge, daß möglichst viele weitere Einzelstudien folgen mögen, die das jüdische Recht auch in seiner weiteren Entwicklung durch Alfasi, Moses Maimonides, Rosch und Karo hindurch verfolgen mögen.

Das Erinnerungszeichen, das Sikrôn debârîm, ist nichts anderes, als die universalrechtliche Stipula oder Vadia, das

[88]) Im Schulchan arûch behandelt Chôschen Mischpât, § 67, 12.

[89]) 'Orach chajîm, § 441, 1—2.

[90]) 'Eben ha-'ezer, § 28, 12. — Daß die Hagâ hinzufügt, „nur bei einem Pfande, das ein Israelit gegeben hat, und nur bei Pfändung und Verfallzeit", könnte insofern als ein Versuch zur Ausschaltung der Eigentumstheorie angesehen werden, als das Bestreben vorliegt, den Fall so sehr wie möglich einzuschränken. Natürlich hat die Hagâ diese Aenderung nicht etwa in bewußter Anerkennung der veränderten theoretischen Grundlage vorgenommen. — Hagâ ist die Bezeichnung für einen der Zusätze zum Schulchan arûch, die von dem Rechtslehrer Moses Jsserles (1520—1572), Rabbiner zu Krakau, herrühren. Sie sind der Niederschlag des deutsch-polnischen Gewohnheitsrechts und genießen bei den osteuropäischen Juden dasselbe Ansehen, wie der Schulchan arûch selbst.

Stück, das zur Bestätigung des Versprechens gegeben und nach seiner Lösung wieder zurückgegeben wird, das allerdings lange Zeit die Bedeutung gehabt haben wird, es zu ermöglichen, daß man den Schuldner gerichtlich fassen konnte, der sonst nicht einmal den Unschuldseid zu schwören brauchte.

Was die Entwicklung des Pfandbegriffs betrifft, so halte ich es nicht für geboten, das Pfandrecht, wenn es reines Wertrecht (analog der Grundschuld) ist und die Forderung aufsaugt, zum Eigentumspfand zu erheben; denn alle juristischen Folgerungen lassen sich auch aus dem Wertrechte ableiten, so insbesondere auch, was die Brautgabe und das Gesäuerte betrifft. Damit erklärt sich dann auch, daß man hier, wie sonst im Völkerleben, bei Untergang der im Wertrecht befindlichen Sache die Schuld unter Umständen wieder aufleben ließ, so zunächst im Fall des Untergangs durch höhere Gewalt, dann im Fall des Untergangs überhaupt, sofern der Pfandgläubiger ohne Fahrlässigkeit ist: die Zufallshaftung wird zur Haftung bis zur höheren Gewalt und dann bis zur Fahrlässigkeitshaftung abgeschwächt, eine Entwicklung, die auch das deutsche Recht aufweist, vgl. meine Pfandrechtlichen Forschungen S. 115, 242. Daß diese Rechtslage im jüdischen Recht durch die Begriffe des entgeltlichen und unentgeltlichen Hüters zum Ausdruck gebracht wird, entspricht der talmudischen Denkweise.

Josef Kohler

V.

Ueber das Recht der Urstämme von Malakka.

Von

Josef Kohler.

§ 1.

Die Urstämme der Halbinsel Malakka (etwa 20—30000 Menschen an der Zahl) bieten das Beispiel von Völkerschaften, welche kaum zum Ackerbau gelangt sind und eben deswegen recht viele organisatorische Aenderungen, namentlich in ihrem Völker- und Familiendasein erlitten haben; denn Völker, welche ständig hin und her ziehen, nur von einfachen Naturokkupationen leben, höchstens vorübergehend etwas Wechselbau treiben (vgl. auch Morgan VII, S. 419 und VIII, S. 149), müssen sich zersplittern und können in ihrer Zersplitterung die ursprünglichen Einrichtungen nicht mehr aufrecht erhalten [1]).

[1]) Vgl. Zeitschr. f. Ethnol. (Z. E.), und Globus (Gl.), welche Beiträge aus den Berichten von Vaughan-Stevens enthalten, die allerdings mit Vorsicht aufzunehmen sind; sodann Skeat und Blagden, Pagan Races of the Malay Peninsula (London 1906), 2 Bände, künftig einfach mit I und II zitiert; Martin, Die Inlandstämme der Malayischen Halbinsel (1905); auch noch Newbold, British Settlements of Malacca I und II (1839); Cameron, Our tropical possession in Malayan India (1865); Morgan in den Bulletins de Société Normande de Géographie VII und VIII, einfach mit Morgan VII, VIII zitiert. Weitere Literatur bei Skeat und bei Martin.

§ 2.

Daß die Belendas ehemals Totemismus hatten mit Totemzeichen, z. B. Schlangen, behauptet Vaughan-Stevens Z. E. 26, S. 151: die Totems hätten sich in Untertotems gespalten, diese wieder eigene Zeichen angenommen, und vor allem sei an Stelle der Geschlechtergemeinschaft die örtliche Gemeinschaft getreten, indem die Geschlechtsangehörigkeit vergessen wurde; noch zeigten sich Reste dieser totemistischen Gliederung in der Art der Gesichtsbemalung, wenn die Familien zusammenkommen. Z. E. 26, S. 151. Er behauptet auch, daß bei den Batin (Geschlechterhäuptern) Besonderheiten herrschten, indem nur der älteste Sohn den Totem übernehme, die übrigen einen anderen Totem bekämen, ibid. S. 160; ebenso daß, soweit der Totem Geschlechtertotem ist, er im Vaterrechte sich forterbte, was wieder gerade bei den Batinfamilien anders sein soll, da, wenn ein Mann in dieses Geschlecht hineinheiratet, er den Totem seiner Frau bekomme, S. 161. Ebenso behauptet er den Totemismus bei den Temias: hier bestehe ein Ameisen-, Blatt-, Sternentotem, Gl. 69, S. 137; 82, S. 254. Diese Nachrichten sind, wie alle Nachrichten von Stevens, mit Vorbehalt anzunehmen; vgl. Martin S. 862. Doch muß bemerkt werden, daß der Glaube der Abstammung der Menschen von Tieren, z. B. Affen, Alligator, Delphin, auch anderwärts bestätigt wird, Newbold II, 412, Martin S. 979.

§ 3.

Das Vaterrecht ist regelmäßig eingetreten, aber trotzdem hat noch das Mutterrecht Spuren zurückgelassen. Bei den Orang-Laut (Küstenstämmen) gehören die Kinder dem Geschlechte der Mutter an (Stevens), Z. E. 28, S. 175; damit stimmt auch die Mitteilung II S. 85, daß hier das Ehegeschenk (nicht an den Vater, sondern) an die Mutter der Braut kommt. Das Vaterrecht ist eingetreten, weil es eintreten mußte: bei einer solchen Zersplitterung der Geschlechter läßt sich die Zugehörigkeit zu dem oft ganz fern

lebenden Oheim nicht mehr aufrecht erhalten, und so hat man auch das Recht des Geschlechterhauptes auf den (ältesten) Sohn übergehen lassen. Vgl. I, S. 506, Morgan VII, S. 420; auch sonst wird die Erbfolge des ältesten Sohnes bestätigt, Newbold II, S. 294; auch die Zaubergewalt geht (in eigentümlicher Weise) vom Zauberer auf den ältesten Sohn über, Newbold II, S. 388. Das Vaterrecht zeigt sich auch darin, daß des Vaters Zustimmung zur Ehe der Tochter erforderlich ist und er das Frauengeld erhält, soweit es nicht an die Frau selber fällt, so bei den Sakai II, S. 60 und Morgan VII, S. 421, bei den Benua-Johor II, S. 83; und damit stimmt es auch, daß Kinder der Brüder einander nicht heiraten dürfen, wohl aber Kinder der Schwestern und Kinder von Bruder und Schwester, was allerdings auch bei den Orang-Laut II, S. 84 gilt, bei denen sonst Mutterrecht zu finden ist. Von weiter gehender Exogamie werden nur höchst zweifelhafte Dinge berichtet, siehe bei Martin S. 871, was begreiflich ist, da es an einer geschlossenen Stammesorganisation fehlt.

§ 4.

Das Vaterrecht hat sich entwickelt mit der Eheform des Frauenraubes und Frauenkaufs, und beides ist reichlich vertreten. Daß die Frauen mit Gewalt geholt werden, erzählt Stevens von den Orang-Laut Z. E. 28, S. 174. Im übrigen wird meistens die Frau gegen einen Preis errungen, den man teilweise an den Mundwalt, teilweise an die Frau selbst zahlt. Der Preis ist allerdings regelmäßig ein ziemlich geringfügiger, steht aber im Zusammenhang mit den Vermögensverhältnissen des Bräutigams, und zeigt damit vollkommen die gewöhnliche Art des Ueberganges des Frauenkaufs in das donatorische Stadium. So bei den Sakai II, S. 60, Morgan VII, S. 421 (Messer oder dergl.), bei den Besisi II, S. 70 (Trinkschale, Kleidung), bei den Mantra II, S. 76 (Ringe an den Schwiegervater), bei den Jakun-

Johor II, S. 82 (Ringe, Kleidung an die Braut), bei den Orang-Laut II, S. 84 (an die Mutter der Braut), bei den Sabimba II, S. 85 (Nadeln, Zeug, Geld), bei den Orang-Laut Muta Kuning II, S. 85 (Eltern des Bräutigams geben den Eltern der Braut Kleidung, Ringe und dergl.). Bei den Temia und Belenda soll die Braut auch einen Ring bekommen, was vielleicht fremden Ursprungs ist, Gl. 82, S. 256. Im übrigen vgl. im allgemeinen Newbold II, S. 408, sodann Martin S. 870, der noch weitere Gewährsleute anführt.

Der Wettlauf bei der Ehe ist natürlich wie überall eine Reminiszenz des Frauenraubes und findet sich sehr häufig; so bei den Sakai II, S. 68, Mantra II, S. 78, bei den Benua Pahang II, S. 82. Bei den Benua-Jakun II, S. 79 ist er zu einer Botwettfahrt geworden. Vgl. auch Cameron S. 116, 117, Newbold II, S. 407, Martin S. 866, wo noch mehr Berichte angeführt werden. Bei den Besisi gestaltet sich die Sache in der Art, daß der Bräutigam siebenmal um einen künstlichen Hügel geführt wird, die Braut einmal, II, S. 74, Martin S. 868.

Eine Fortbildung der Rechtsverhältnisse zeigt sich auch in der religiösen Gestaltung der Ehe. Die Ehe wird regelmäßig vor dem Stammeshaupt abgeschlossen, das zu gleicher Zeit Priester ist; so bei den Sakai II, S. 61, Besisi II, S. 70, Mantra II, S. 76. Daneben finden wir die überall verbreitete Zeremonie der Nahrungsverbindung, des gemeinsamen Reisessens; so bei den Sakai II, S. 61, Besisi II, S. 71, Orang-Laut II, S. 85, Temia, Gl. 82, S. 2256. Sodann die Zeremonie der Händeverbindung, indem der kleine Finger der rechten Hand des Bräutigams mit dem kleinen Finger der linken Hand der Braut verknüpft wird; so bei den Sakai II, S. 62, Orang-Laut II, S. 85.

Von der Couvade finden sich einige Spuren. So muß bei den Belendas der Mann immer in der Nähe der schwangeren Frau bleiben, weil man sonst für das Kind

fürchtet, Z. E. 28, S. 185. Ferner herrscht bei den Jakun-Johor der Gebrauch, daß, solange die Kinder nicht laufen können, die Eheleute sich gewisser Speisen enthalten müssen, weil man sonst glaubt, daß sie erkranken, II, S. 21.

Die Ehe ist oft eine Jugendehe: sie wird bei den Besisi zwischen 14 und 13, bei den Belendas zwischen 15, 16 und 14 Jahren abgeschlossen, Z. E. 28, S. 174. Ihr geht oft eine Verlobung in der Kindheit vorher, so bei den Benua-Johor II, S. 79; vgl. auch Martin S. 867.

Die Ehe ist meist monogam; mehrfach wird das Vorhandensein der Polyandrie ausdrücklich in Abrede gestellt, vgl. Z. E. 28, S. 175; ebenso wird die Monogamie bestätigt bei den Semang II, S. 55 und mehr oder minder bei den Besisi II, S. 76 und bei den Jakun-Johor II, S. 83, im ganzen Martin S. 864. Dies hängt mit dem Vaterrecht zusammen, und was die Monogamie des Ehemannes betrifft mit der Dürftigkeit der Lebensmittel[2]). Denn daß die Batin, die Ortshäupter, manchmal mehr als eine Frau haben, wird uns berichtet, Morgan VII, S. 558, und daß dies bloß auf malaiischer Einwirkung beruhe, ist nicht erwiesen und nicht wahrscheinlich; vgl. auch Cameron S. 130 (selten mehr als eine Frau). In einem Falle nimmt der Mann eine zweite Frau zu sich, nämlich kraft des Levirats: wenn der Ehemann der Frau stirbt, so kommt sie als zweite Frau zu seinem Bruder, Z. Z. 28, S. 177.

Ein Rest des alten Ehekommunismus ist unverkennbar, nämlich daß bei dem Jahresherbstfest der Besisi die Frauen ausgetauscht werden, II, S. 70.

Die aus den vorehelichen Zeiten hervorgehende Schwiegerscheu ist noch ausnahmsweise nachzuweisen, z. B. bei

---

[2]) Es ist durchaus nicht, wie Martin S. 864 meint, ein Beweis „gegen die früher so beliebte Promiskuitätshypothese primitiver menschlicher Lebensformen“; wer möchte die Lebensformen der Semang oder Sakai primitiv finden? Daß gegen die Polygynie auch ökonomische Gründe sprechen, dafür vgl. Martin selbst, S. 871.

den Temia: Scheu vor der Schwiegermutter, Z. E. 28 S. 180. Auch das wird erzählt, daß, wenn bei den Semang der Schwiegersohn mit der Schwiegermutter verkehrt, ein schweres Gewitter entstehe, II, S. 204.

§ 5.

Mit der Vaterrechtsehe ist verbunden die strenge Behandlung des Ehebruchs. Bei manchen Stämmen, wie bei den Sakai, hat der Ehemann ein Tötungsrecht, namentlich auch gegen den Ehebrecher, II, S. 64, 65; vgl. auch Newbold II, S. 394 (wenn in flagranti ertappt). Bei anderen, wie bei den Mantra, wird die Todesstrafe öffentlich ausgesprochen und durch Ertränken vollstreckt, II, S. 78, und so, wie es scheint, auch bei den Jakun-Johor II, S. 83. Bei anderen allerdings kommt der Ehebrecher mit Vermögensstrafe davon, so bei den Benua-Jakun I, S. 515, wobei die Hälfte an den Verletzten, die Hälfte an den Batin fällt. Auch die Semang setzen auf Entführung einer Ehefrau Vermögensstrafe, I, 497; so auch die Sakai I, 501 und Morgan VII, 425; was mit der obigen Mitteilung dahin zu vereinigen ist, daß die Vermögensstrafe eintritt, wenn der Ehemann von seinem Tötungsrecht keinen Gebrauch macht. Das wird auch in einer eigentümlichen Weise bezüglich der Belendas von Stevens Z. E. 28, S. 178 f. geschildert: der Ehemann binde die Frau an und stehe in der Nähe Wache; Sache des Liebhabers sei es, den Versuch zu wagen, sie zu befreien, um sie am Leben zu erhalten; gelinge ihm solches, dann sei die Frau sein: der Ehemann aber, der in der Nähe auflauere, werde ihn bei dieser Gelegenheit zu töten suchen, er könne sich aber auch mit einer Geldbuße begnügen. Das Ganze wäre ein Beispiel des Ordalismus in dem Sinne, daß das Urteil nicht über Schuld und Unschuld, sondern über die weitere Entwicklung der Sache entscheidet. Unwahrscheinlich ist die Erzählung nicht, aber, wie die Berichte von Stevens überhaupt, mit Vorsicht aufzunehmen.

Das Vaterrecht ist aber nicht in der Schärfe wie bei vielen Völkern durchgedrungen. Allerdings kann der Ehemann sich von der Frau scheiden, aber auch die Frau vom Manne, und dann ist Schuld und Unschuld dafür entscheidend, ob die Frau den Frauenpreis behalten darf oder nicht: dafür wird das Urteil des Batin angerufen; so bei den Sakai II, S. 65, Mantra II, S. 78, Jakun-Johor u. a.; vgl. auch Z. E. 28, S. 176, Newbold II, S. 408. Auch wird bestätigt, daß, wenn die Frau für schuldig erklärt wird, der Mann die Kinder behalten kann, so bei den Orang-Laut Z. E. 28, S. 180; sonst folgen sie regelmäßig der Mutter, Martin S. 873 f.

§ 6.

Die Namengebung findet bald nach der Geburt statt, und zwar in ominöser Weise, nach einem Traume oder nach dem Orte (dem Baume), wo die Geburt erfolgte. Bei der Verheiratung wird der Name geändert, unter Umständen schon vorher, wenn er sich als unglückbringend erweist, Martin S. 897 f.

Nach Stevens Gl. 82, S. 255 scheint es, daß bei manchen Stämmen der Name bei einer Art von Jünglingsweihe geändert wird: der Name wird auf eine Kopfbinde eingetragen und bei dieser Gelegenheit die alte Kopfbinde begraben mit dem Worte „tot“. Auch diese an sich sehr interessante Nachricht ist mit Vorbehalt aufzunehmen, vor allem nach der Richtung hin, ob es sich um Bräuche der Urstämme oder um malaiischen Einfluß handelt.

Beschneidung ist unbekannt, Martin S. 904.

§ 7.

Das Grundeigentum ist nur primitiv entwickelt. Von den Belendas wird erzählt, daß die Frau, so lange sie unverheiratet ist, Eigentum haben könne, mit der Ehe aber ihr Eigentum an den Mann verliere; doch solle sie das Recht an

den Bäumen behalten und sie sogar veräußern können, was dadurch geschehe, daß ein Zeichen an der Rinde beigebracht wird, Z. E. 28, S. 166, 168; im übrigen solle der Ehemann für die Schulden der Frau einstehen, wenn er sie bei der Eheschließung kennt, sonst nicht. Doch alles dies sind wiederum Berichte von Stevens.

Das Gut ist bei den Sakai Familiengut, und der Sohn, der sich von der Hausgemeinschaft trennt, tritt auch aus dem Familiengut aus, Morgan VII, 421.

Von Arbeitsteilung und Vermögensunterschieden ist kaum die Rede, Martin S. 875.

Verträge, wohl meist Familienverträge, werden in der allgebräuchlichen Weise bestätigt, daß Waffen in Blut getaucht werden, Newbold II, 395.

Tauschhandel findet sowohl unter den einzelnen Stämmen als auch mit fremden Rassen statt, mit diesen auch noch in der Art des heimlichen Handels, indem beide Vertragsgenossen die Waren niederlegen und dann jeder Teil sie einzeln entfernt, Martin S. 878 f. (und die Zitate); natürlich soweit man sich nicht mit der Zeit zum offenen Handel bekehrt hat.

Auch Dienstverträge kommen mitunter vor, aber selten, mehr noch die Leihe, Morgan VII, S. 424.

Geld ist unbekannt, soweit es nicht von außen eingeführt ist, Martin S. 882, Morgan VII, 424.

Zahlt jemand seine Schulden nicht, so weist ihn der Pengulu zur Pfandlingschaft dem Gläubiger zu, wo er dann mit seiner Familie die Schuld abverdient; auch kann der Gläubiger durch den Pengulu auf seine Ernte Beschlag legen. Im übrigen ist der nichtzahlende Schuldner allgemein verachtet. So bei den Sakai, Morgan VII, S. 425.

Den Toten werden Geräte und Waffen mitgegeben, so Newbold II, S. 408, Martin S. 926; ferner wird zu ihrem Unterhalt Nahrung hingestellt, auch Reis und Yams gepflanzt, Martin S. 929. Der Gedanke, daß der Sterbeort Tabu wird,

findet sich auch noch bei manchen Stämmen: man verläßt Ort und Hütte, wo der Tod eingetreten ist, vgl. die Gewährsmänner bei Martin, S. 922 f. Das Erbrecht aber ist, wie schon oben berichtet, vaterrechtlich.

§ 8.

Mit den Ortsgemeinschaften hat sich eine primitive Art von Ortshäuptern entwickelt, die bald Batin, bald Pengulus (malaiisch) oder anders heißen; manchmal auch noch Untervorsteher haben, Newbold II, S. 392; so bei den Sakai I, S. 500, bei den Jakun I, S. 510. Dies bestätigt auch Morgan VII, S. 420, VIII, S. 224 von den Sakai mit der Bemerkung, daß hier die Pengulus ein Recht über Leben und Tod haben, aber in schwierigen Fällen den Rat der Aeltesten einholen. Diese Vorstehereigenschaft hängt wohl meistens zusammen mit der Eigenschaft als Zauberer, und daher erklärt sich auch, daß sie vererblich ist, ebenso wie man die Zaubereigenschaft als vererblich erachtet; vererblich regelmäßig auf den ältesten Sohn. Nur wenn kein Sohn vorhanden ist, pflegt der Vorsteher seinen Nachfolger selber zu bezeichnen, Morgan VII, S. 420.

Die Vorsteherschaft gibt sich, wie bereits bemerkt, in dem Rechte der Eheschließung kund, in der Entscheidung über Ehescheidung und auch in der Entscheidung über Vergehen und über größere oder kleinere Streitfälle; auch darin, daß die Vermögensstrafen zum Teil an den Batin und nur zum Teil an den Verletzten fallen, so beispielsweise bei den Benua-Jakun I, S. 515. Im übrigen steht auf der Vergehung regelrecht Ausstoßung aus der Gemeinschaft, so bei den Sakai I, S. 501: der Ausgestoßene muß sich hier in zwei Tagen entfernen und alles zurücklassen, Morgan VII, S. 425, VIII, S. 224; an ihre Stelle kann aber auch Geißelung treten, und wahrscheinlich hat sich hieraus das System der Vermögensstrafen entwickelt, durch welche der Täter sich wieder in die Gemeinschaft einkaufen kann. Die Ausstoßung

soll bei den Temia in der Weise geschehen, daß der Zauberer dem Geächteten den Namen nimmt: hat er keinen Namen, so kann auch nach seinem Tode sein Geist die Ruhe nicht finden, bis der Zauberer ihm den Namen wieder zurückgibt, so Stevens Gl. 82, S. 254. Bei manchen Stämmen ist auf Mord Todesstrafe gesetzt und zwar mit gleichen Waffen, also talionsweise, so bei den Sakai I, S. 501; sie wird vielfach der Blutrache der Hinterbliebenen überlassen, Morgan VII, S. 424, VIII, S. 224. Bei anderen Stämmen tritt Vermögensstrafe oder Geißelung ein, so bei den Semang I, S. 498. Auf Körperverletzung folgt Talion, Martin S. 877; auf Diebstahl steht Kastenausschließung, Geißelung oder Vermögensstrafe, Sakai, Semang und Benua-Jakun I, S. 495, 501, 515. Daß wenn die Vermögensbuße nicht bezahlt wird, auch Schuldsklaverei eintritt, so bei den Benua-Jakun II, S. 515, stimmt mit dem Obigen (S. 249). Ueber die Ehebruchstrafe ist auf das Frühere zu verweisen (S. 247)

§ 9.

Die Charakteristik ist also: ein aus der Zersplitterung der Gruppe entstandenes, in der Regel eineheliches Vaterrecht mit dürftigster Vermögensentwicklung auf Grundlage von Wanderleben und Wechselbau und mit Bildung loser Ortsgruppen auf Grund eines ziemlich leidenschaftslosen und darum der Kultur wenig zugänglichen Daseins. Die Behauptung, daß solche Zustände ursprünglich seien, beruht auf einem völligen Verkennen der geschichtlichen Entwicklung. Die ursprüngliche Menschheit war wilder angelegt, sie wäre sonst längst eingeschlafen.

VI.

Nochmals über Gruppenehe und Totemismus.

Von

Josef Kohler.

§ 1.

Ein Hauptbeweis für die Gruppenehe war von jeher in den Verwandtschaftsnamen zu finden, da es sicher ist, daß die oft recht verwickelten Verwandtschaftsbeziehungen, die solchen Bezeichnungen entsprechen, sich nur aus gruppenehelichen Verhältnissen erklären lassen. Das habe ich schon früherhin so reichlich gezeigt, daß ich darauf verweisen kann, und ich will nur noch einmal hervorheben, daß so äußerst komplizierte Dinge, wie sie z. B. bei den Omahas im Gebrauch sind, nicht ohne Realität im Leben möglich waren; wir erfahren aber auch von Dorsey, daß diese Beziehungen wirklich so im Leben bestehen, und wer hiernach als Sohn oder als Großvater bezeichnet wird, auch im Leben als solcher gilt. Was man dem entgegengehalten hat, bedarf kaum der Antwort, und namentlich ist das, was Thomas[1]) dawider ausführt, so unstichhaltig, daß ich es nur erwähne, weil es von bedeutsamer englischer Seite ausgeht und in einer Arbeit enthalten ist, welche im übrigen eine gute Zusammenstellung des Stoffes bietet.

Wir finden hier wieder das Argument, daß eine Mehr-

---

[1]) Thomas, Kinship Organisations and Group Marriage in Australia (Cambridge 1906).

heit von Vätern bei der Unsicherheit der Vaterschaft wohl denkbar wäre, nicht aber eine Mehrheit von Müttern, da die Mutterschaft ja doch sicher sei; und wenn daher jemand mehrere Personen als Mutter bezeichnet, so müsse der Ausdruck etwas ganz anderes als unsere Mutterschaft bedeuten und mithin alle gruppeneheliche Beweiskraft verlieren. Es ist das dieselbe verfehlte Beweisführung, die ich auch schon gegenüber Durckheim widerlegt habe. Aber Thomas bringt sie in einer solchen eigentümlichen Weise, daß ich mir nicht versagen kann, die Stelle beizusetzen:

„If we are entitled to conclude from the fact that a man's wife bears the same name for him as all the other women whom the might have married, that he at one time was the husband of them all, then we are obviously equally entitled to conclude, from the fact that a woman's son is known to her by the same name as the sons of other women, either that during the period of group marriage she actually bore the sons of the other women or that the whole group of women produced their sons by their joint efforts. Finding that the term which is translated ‚son' is equally applied by the remainder of the group of women to the son of the individual woman, whose case we have been considering, we may discard the former hypothesis and come to the conclusion that if there was a period of group marriage there was also one of group motherhood. This interesting fact may be commended to the attention of zoologists [2]."

Man erkennt immer nicht, daß, wenn eine Gruppe als Einheit gilt, jedes Kind ein Gruppenkind ist. Man erkennt immer nicht, daß, wenn ein Kind von einer Frau der Gruppe stammt, es eben aus der Gruppe stammt. Man erkennt immer nicht, daß „Kind" eben „Gruppenkind" bedeutet, und daß man es nicht der einzelnen Frau, die es geboren, sondern der ganzen Gruppe, aus der es geboren ist, anhängt.

---

[2]) Thomas, S. 123.

Eben weil die Gruppe eine Einheit ist, in der die einzelnen Frauen gebären, so ist das Kind durch Geburt Kind der Gruppe. Und wenn die Gruppe nicht eine Gebärerin in zoologischem Sinne ist von Geburtshilfers Gnaden, so ist sie doch die Einheit, aus der durch Geburt der einen Frau die Kinder stammen.

Wenn ferner behauptet wird, daß die Ausdrücke Vater, Großvater u. s. w. nur Altersstufenbezeichnungen seien, so beruht dies auch auf mangelnder Beobachtung; denn wahrscheinlich sind es auch Altersstufen, wenn bei den Omahas die Mutter gleich ist der Schwester des Vaters der Mutter, wenn sie gleich ist der Tochter des Sohnes des Onkels oder wenn bei den Choktas Vatermutterbruder = Vaterschwestersohn = Vater ist! während doch durch die gruppeneheliche Betrachtungsweise derartige sonst gar nicht verständliche Bezeichnungsweisen sofort erklärt werden. (Vgl. Urgeschichte der Ehe S. 82 f.) Wenn ferner gesagt wird, daß die Gleichstellung von Frau und von Schwester der Frau nicht besagen will, daß die letztere auch Frau sei, sondern nur, daß sie auch Frau sein könne, so ist dies gleichfalls ein Einfall, aber keine wissenschaftliche Erklärung. Danach müßte auch Sohn gleich sein möglichem Sohn, Bruder gleich möglichem Bruder, und auf diese Weise müßten alle jene Verwandtschaften aufzufassen sein, was undenkbar ist.

Es ist daher auch sehr begreiflich und bezeichnend, daß gerade solche, welche bei den Stämmen selber geweilt und sich in ihr Denken und Fühlen hineingelebt haben, die Gruppenehe verteidigen, wie Howitt, Spencer, Gillen und so nun neuerdings auch Rivers, auf dessen neueste Abhandlung ich noch unten zurückkomme. Vgl. auch vortrefflich Howitt in Folklore XVII (1906) S. 174 f.

§ 2.

Eine große Rolle spielt in allen diesen Dingen die Pirrauruverwandtschaft und das Noaverhältnis der Dieri und einiger anderer Stämme.

Es ist unsäglich, was man an diesen Verhältnissen herumgedeutelt hat, um den einfachen Sachverhalt zu verneinen, daß wir hier noch einen deutlichen Rest der Gruppenehe vor uns haben. Obgleich ich bereits anderwärts (Zeitschr. XIX, S. 144 f.) Darstellung davon gegeben habe, so sei noch einmal folgendes erwähnt.

Die Dieri haben das Noaverhältnis, das Verhältnis der Noamara, und zwar in der Art, daß, während bei anderen Stämmen Schwestersohn und Brudertochter einander zur Ehe bestimmt sind, dieses hier nicht gilt: sie sind einander verboten, Kami; erst der Sohn von Brudertochter (bezw. Schwestertochter) und die Tochter von Schwestertochter (bezw. Brudertochter) sind einander zur Ehe bestimmt und heißen eben Noa (Noamara). Im Gegensatze steht dieses zum Nupaverhältnis der Urabunna: bei diesen gilt die Cousinehe in dem vorigen Sinne, und die Brudertochter und Schwestersohn sind wie bei so vielen Völkern einander zur Ehe bestimmt.

Seit dem Aufkommen der individuellen Ehe verhält es sich nun aber mit den Noa so: dem einen Noamara wird schon in jugendlichen Jahren eine Noamara als Frau zugewiesen, und dies Verhältnis ist das Verhältnis des Tippamalku.

In diese Einzeleheverhältnisse bricht nun aber die alte Gruppenehe wieder ein, nämlich in der Richtung, daß, wenn auch der Tippamalku zunächst eine einzige Ehefrau hat, doch auch die Schwester der Ehefrau mit ihm in Beziehung steht, und ebenso besteht eine Beziehung zwischen der Tippamalkufrau und den Brüdern des Mannes.

Diese Beziehung kann ohne weiteres hervortreten, wenn die Frau selbst keinen Tippamalku hat, der ihrem Verhältnis mit einem anderen Manne im Wege steht; was aber bei der gebräuchlichen Kinderehe selten vorkommen wird. Ist sie aber verheiratet, so ist regelmäßig die Zustimmung ihres Tippamalkumannes notwendig, damit sie mit einem Bruder ihres Mannes in Pirrauru-, d. h. in gruppeneheliches

Verhältnis tritt. In gewissen Fällen ist allerdings der Mann gehalten, die Einwilligung zu erteilen, so bei bestimmten Festlichkeiten; und wenn die Tippamalkufrau des einen Bruders stirbt, so muß sein Bruder ihm zugleich seine Frau zur Benützung überlassen, wofür ihm allerdings ein Geschenk gegeben zu werden pflegt. Außerdem ist ein vorübergehendes Pirrauruverhältnis üblich, wenn ein solcher Bruder zu Gast ist.

Die Zuweisung zur Pirrauruehe soll aber nicht formlos geschehen: sie soll unter Mitwirkung des Totemhauptes erfolgen mit gewissen feierlichen Bräuchen, so insbesondere in der Art, daß das Totemhaupt mit der heiligen Keule zwei Linien in den Sand zieht und diese dann vereinigt.

Aehnliches wird auch von den Urabunna erzählt: Tippamalku ist hier gleich Yungara, Pirrauru ist gleich Karteti; und so auch bei den Kurnandaburi: hier ist Tippamalku gleich Nubaia, Pirrauru gleich Dilpamalli. Vgl. darüber Howitt S. 175—193. Auch von den Wakelbura (vgl. ebenda S. 224) wird ein derartiges Verhältnis, allerdings nur nach der polyandrischen Seite erwähnt: ist der Bruder A mit einer Frau verheiratet, so haben auch die sechs übrigen Brüder Zutritt zu ihr. Auch fällt die Witwe ohne weiteres dem Bruder des Mannes zu; ferner findet hier unter Brüdern Tausch der Frauen statt. Hier ist zwar nicht direkt von dem Fall die Rede, daß die Frau auch Schwestern hat, aber es ist wohl kaum zweifelhaft, daß auch hier für die Schwestern eine ähnliche Gemeinschaft gilt.

Für denjenigen nun, welcher diese Tatsachen in Verbindung mit allen anderen Nachrichten, die uns in die Urverhältnisse jener Völker blicken lassen, durchschaut, kann kein Zweifel sein, daß wir es mit einem Rest der Gruppenehe zu tun haben; und daß nach Eintritt der Einzelehe noch lange derartige Ueberlebsel fortbestehen, muß für den, der in der Geschichte zu lesen versteht, vollkommen verständlich sein, ja es wäre ein Wunder, wenn es nicht wäre, wenn nicht in

den fortschrittlichen Bestrebungen immer wieder Rückfälle zu verzeichnen wären.

Man hat entgegengehalten, daß hier keine Gruppenehe, sondern eine Adelphenehe vorliege. Das bedarf keiner Widerlegung; denn wo immer die Gruppenehe sich organisch entwickelt, wird die Sache sich dahin gestalten, daß die Brüder zusammen und die Schwestern zusammen zur Heirat kommen, wobei natürlich Bruder und Schwester nicht in unserem Sinne, sondern im weiteren gruppenehelichem Sinne zu verstehen ist. Man hat ferner entgegengehalten, nach der Schilderung von Howitt sei die Tippamalkuehe das prius, die Pirrauruehe das posterius; man hat noch besonders darauf hingewiesen, daß die Pirrauruehe nicht von selber entstehe, daß hierzu eine besondere Zeremonie unter Mitwirkung des Totemhauptes notwendig sei; man hat geltend gemacht, daß das Pirrauruverhältnis nur mit Zustimmung des Tippamalkumannes eintreten dürfe, und daß der Bruder, welcher Zutritt zur Frau seines Bruders haben will, diesem ein entsprechendes Geschenk geben müsse. Aber was sollen alle diese Einwendungen, die nur zeigen, daß man die Erscheinungen ohne geschichtlichen Sinn auffaßt? Solchen Mangel geschichtlichen Sinnes muß ich vielen dieser Darstellungen vorwerfen, was allerdings damit zusammenhängt, daß eine große Zahl der hiermit befaßten Gelehrten Naturwissenschaftler, Anthropologen, aber keine Historiker sind.

Betrachtet man die Sache geschichtlich, so ergibt sich folgendes von selbst. Natürlich ist das Tippamalkuverhältnis heutzutage das frühere: es ist die Einzelehe, der gegenüber immer noch einzelne Rückfälle erfolgen; das Pirrauruverhältnis aber ist eine Rückkehr zu früheren Zuständen, die im jetzigen Stand nur noch als Ausnahme gegenüber der Regel vorkommt. Es ist also ähnlich, wie wenn der ehemalige Gemeinwald Privatwald geworden ist und immer noch einige Rückfälle zum Gemeinwaldgedanken stattfinden. Daß bei dieser Rückkehr zum Alten eine religiöse Weihe findet, entspricht vollkommen

dem Geist der Völker, und ebenso auch, daß das Totemhaupt hier zugezogen wird; und daß ferner dem Tippamalku etwas bezahlt wird, ist ebenso begreiflich, wie daß vielfach demjenigen etwas bezahlt werden muß, der Gemeinland als Privatland erworben hat, wenn er einzelnen Leuten gegenüber die alten Waldrechte zugesteht: der Tippamalku wird doch nicht von selber und ohne weiteres auf seine geschichtlich entwickelte günstige Lage verzichten! Und daraus ergibt sich auch die Erklärung der Erscheinung, daß gerade reiche Männer mehr Pirrauruweiber haben als andere.

Am schwersten aber muß getadelt werden, wenn manche dieser Morgangegner noch eine Tatsache verkennen, nämlich die Tatsache, daß zu gewissen Zeiten, bei Festlichkeiten und Bußübungen, solche Stämme, die zur Einzelehe übergegangen sind, wieder die Gruppenehe pflegen, natürlich unter strenger Aufrechterhaltung der Totem- und Verwandtschaftsgesetze. Für jeden, der die Völkerentwicklung durchschaut, ist der Gedanke klar: in religiösen Zeiten pflegt man allüberall zum alten Brauch zurückkehren. Das ist ebenso, wie wenn bei religiösen Gelegenheiten die Leute wieder eine alte Art von Uebungen, von Tracht und Speise annehmen, selbst eine uralte Sprache sprechen, die sie nicht mehr verstehen, wie z. B. die Kampfersprache der Sakai beim Kampfersuchen. Bräuche solcher religiösen Zeiten sind Zeugnisse uralten Lebens! Thomas allerdings versteigt sich zu folgendem Ausspruche höchst geschichtlicher Anschauung:

„If a day of prayer and fasting is ordered in order to avert national calamities, it does not follow that the nation in question was in the habit of perpetual prayer and fasting at some previous stage of its existence. Moreover, if the magical rite was formerly the universal practice we may well ask what induced the tribes which believe in its efficacy to adopt a new form of marriage. Ex hypothesi, it is pleasing to Mungan, or good against disease; knowing this, they have not hesitated to abolish group marriage, but apparently

without incurring Mungan's wrath, or bringing any epidemic upon them [3])."

Natürlich, diese Bräuche wären nur dann ein Beweis für die alte Gruppenehe, wenn man etwa annehmen möchte, daß in gruppenehelichen Zeiten die Leute stets in Sack und Asche getrauert hätten. Natürlich, die Völker waren sehr töricht, den alten Brauch zu verlassen und den Zorn des bösen Geistes zu wagen. Als ob die Völker nicht zu allen Zeiten solche Torheiten begangen hätten; und glücklicherweise hat der böse Geist ein Nachsehen gehabt und sie nicht verschlungen! Mit derartigen Argumenten will man Morgan entgegentreten und seine Konstruktion als Kartenhaus bezeichnen!

§ 3.

Erfreulich aber ist es, daß sich neuerdings wieder Rivers, welcher seiner Zeit die Expedition zur Torresstraße mitgemacht hat, energisch für die Gruppenehe ausspricht; es ist in der Festgabe für Tylor [4]) auf S. 309 f. Zwar gibt er die Ausführungen Morgans in Bezug auf die der Gruppenehe vorhergehenden Zustände preis; er betont aber umsomehr die Realität der Gruppenehe und erklärt S. 322 folgendes: „I have now investigated the classificatory system in three communities, and in all three it is perfectly clear that distinct ideas of consanguinity and affinity are associated with the terms. The correct use of the terms was over and over again justified by reference to actual blood or marriage ties traceable in the genealogical records preserved by the people, though in other cases in which the terms were used they denoted merely membership of the same social group and could not be justified by distinct ties of blood or marriage relationship. There is in these three peoples definite evidence of the

[3]) Thomas, S. 143.

[4]) Anthropological Essays presented to Edward Burnett Tylor (Oxford 1907); darunter Rivers, On the origin of the classificatory system of relationship, S. 309—323.

double nature of the classificatory system as an expression of status and of consanguinity, and there are definite indications of a mode of evolution of the systems by which they are coming to express status less and ties of consanguinity and affinity more."

Das richtige ist: die Gedankenwelt der Völker, welche von der Gruppenehe ausgeht, nimmt nicht Einzelkinder, sondern Gruppenkinder, nicht Einzelväter, sondern Gruppenväter, nicht Einzelmütter, sondern Gruppenmütter an!

Sehr glimpflich behandelt er dabei die oben getadelten Aeußerungen von Thomas über die gruppeneheliche Mutterschaft und macht dabei geltend, daß, wenn auch das Kind von der einen Mutter geboren ist, es möglicherweise von anderen Müttern gesäugt wird, so daß man schließlich nicht mehr weiß, welcher Mutter es physiologisch angehört. Das kommt gewiß oft vor, und eine derartige Säuglingsgemeinschaft ist ja unentbehrlich für den Fall, daß die Mutter stirbt und dem Kinde, das bis zum dritten Jahre gesäugt zu werden pflegt, die mütterliche Nahrungsquelle versiegt. Man muß sich vorstellen, daß auf solche Weise Kinder beliebig vertauscht werden und das Kind da oder dort aufwächst, wie es gerade die Umstände mit sich bringen.

Weshalb denn auch nach Entstehen der Einzelehe die gruppeneheliche Adoption häufig ist, und gerade Rivers erzählt sie von den Murrayinseln, wonach hier die Kinder beliebig von der einen Familie auf die andere übertragen werden. Rivers äußert sich über diesen Charakter der gruppenehelichen Adoption sehr zurückhaltend, als wie wenn jene Angriffe auf die Gruppenehe eine einschüchternde Wirkung ausgeübt hätten, S. 318: „I do not wish to go so far as to suggest that this custom of adoption may be a survival of a state of society in which children were largely common to the women of the group so far as nurture was concerned; but this is possible, and in any case this wholesale adoption may help the civilized person to understand that people of

low culture may have different ideas in connexion with parentage from those prevalent among ourselves, and that the idea of group-motherhood is not as absurd as Mr. Thomas supposes."

Das ist gewiß viel zu bescheiden: die Entstehung dieser Art der Adoption, die ja doch kaum eine Adoption zu nennen ist, aus der Gruppenehe liegt ja auf der Hand!

Es ist ebenso wie mit dem, von mir mehrfach aufgewiesenen, gruppenehelichen Levirat. Daß das Levirat auch andere Grundlagen haben kann, versteht sich von selbst; aber das gruppeneheliche Levirat hat seine Besonderheiten, insbesondere in der Art, daß es nicht nur *die* Witwe mit dem Bruder des Mannes, sondern auch *den* Witwer mit der Schwester der Frau verknüpft.

§ 4.

Aus den obigen Darstellungen über die Gruppenehe ergibt sich von selber, daß diese regelrecht zur Cousinehe führen muß, und zwar in der Gestalt, daß die Bruderstochter den Schwestersohn heiratet. Das ergibt sich von selber, wenn wir die Gruppen nebeneinander setzen, also

$$A_1, A_2, A_3 - b_1, b_2, b_3$$

und umgekehrt

$$B_1, B_2, B_3 - a_1, a_2, a_3.$$

[Großer Buchstabe = männlich, kleiner = weiblich; Querstrich = Ehe.]

Nehmen wir hier Vaterrecht an, so ist das Kind der ersten Gruppe ein A und das Kind der zweiten Gruppe ein B, und beide sind wieder zur Heirat miteinander bestimmt. Also

$$A_1, A_2, A_3 \overset{}{-} b_1, b_2, b_3 \qquad B_1, B_2, B_3 - a_1, a_2, a_3.$$

$$A \text{———————————————} b$$

Das Kind A ist also das Kind von A_1 und das Kind b ist das Kind von a_1, also sind es Kinder von Bruder und Schwester. Dagegen wäre die Ehe des Sohnes A mit der Vaterbruderstochter oder der Mutterschwestertochter unstatthaft: denn beide

wären = a, sie gehörten also derselben Gruppe an: solches ist aber unstatthaft.

Ganz besonders verbreitet ist die Cousinehe bei südindischen Stämmen, wie ich dies Zeitschr. VIII, S. 144. X. S. 72 und wie es neulich Rivers im Journal of the Royal Asiatic Society 1907, S. 611 f., 625 f. nachgewiesen hat. Und das gleiche findet sich auch bei birmanischen Stämmen, worüber nachzusehen ist Zeitschrift f. vergl. Rechtswissenschaft V, S. 187 f., und ebenso bei malaiischen Völkern, vgl. Ausland, 1893, Nr. 21, S. 824 f.

Treffend hat Rivers darauf hingewiesen, daß die Stellung des Avunculus durch diese Cousinehe wesentlich gesteigert wird, denn der Avunculus ist nun gleich Schwiegervater; womit zusammenhängt, daß nicht selten auch die Schwester des Vaters und der Ehemann der Schwester des Vaters solche Avunculatsrechte haben: denn hier wird es oft vorkommen, daß die Schwester des Vaters Schwiegermutter ist und ihr Ehemann Schwiegervater; wie man sich denn überhaupt an den Gedanken gewöhnen muß, daß die rechtlichen Institutionen sehr häufig verschiedenartige Motive haben. Auch das wird von ihm zutreffend beobachtet, daß der Kampf vor der Ehe mitunter auch auf diesen Gedanken zurückzuführen ist, sofern nämlich solche Cousins es sind, welche einem Fremden, der in die Familie hineinheiratet, feindselig gegenübertreten und einen wirklichen oder fiktiven Streit beginnen.

Weitere Studien über diese südindischen Stämme werden von meinem Schüler Herbert Müller demnächst veröffentlicht werden.

§ 5.

Aus der Cousinehe erklärt sich denn auch vollkommen die australische Stammeseinteilung, und zwar die Viererteilung wie die Achterteilung. Die Viererteilung entsteht dadurch, daß ein Stamm sich in zwei Unterklassen spaltet, also A in A_1 und A_2, B in B_1 und B_2; in der Art: A_1 heiratet b_1, das Kind ist ein A_2; A_2 heiratet b_2, das Kind ist ein A_1.

In dieser Beziehung ist zu bemerken: die australische

Abteilung der Klassen in zwei Unterklassen will zunächst zur Geltung bringen, daß die Väter und die Söhne einander genealogisch entgegenstehen, so namentlich auch in Bezug auf die ihnen zukommenden Frauen. Wo daher A_1 eine b_1 heiratet und ihr Sohn A_2 sich mit der Tochter b_2 verbindet, da ist deren Sohn wieder ein A_1. Hier haben wir also den Rhythmus: Vater — Sohn, Sohn — Enkel, und zwar Enkel = Vater, und das stimmt vollkommen überein mit der Cousinehe. Denn A_2 und b_2 sind Cousins, wovon der eine von Bruder, der andere von Schwester abstammen, also

$$\begin{array}{r|r} A_1—b_1 & B_1—a_1 \\ A_2 & B_2 \\ A_2—b_2 & B_2—a_2 \\ A_1 & B_1 \end{array}$$

A_1 ist Bruder von a_1
B_1 ist Bruder von b_1.

Ueber diese kreuzweise Cousinehe hat in der erwähnten Festschrift für Tylor auch Crawley, S. 59, gehandelt. Er weist sie auch anderwärts nach; so auf den Fidschi-Inseln: die Kinder zweier Brüder sind einander veinganeni, d. h. sie sind untereinander heiratsunfähig (von ngane, d. h. sich scheuen, vermeiden); ebenso die Kinder zweier Schwestern; dagegen sind Brudertochter und Schwestersohn Personen, die sich zur Heirat bestimmt sind: sie sind veindavolani (von davola, d. h. heiratsfähig).

Nunmehr ist auch der Grund der häufigen 8 Klassen bei den Australstämmen ersichtlich, worüber uns Crawley in Mystic rose und in der Festgabe, S. 61, gehandelt hat.

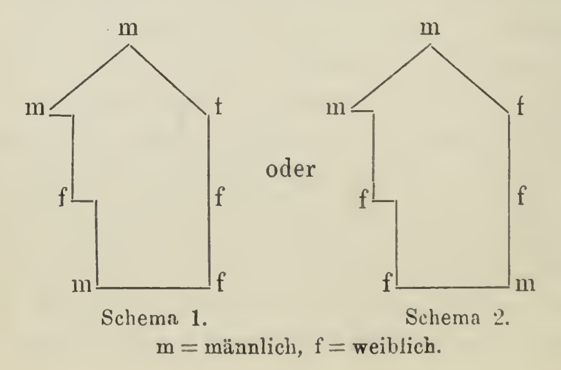
Der Uebergang hierzu erklärt sich aus folgendem: das Vierklassensystem führt zu dem Ergebnis, daß Enkel gleich Großvater ist, d. h. in der nämlichen Klasse wie dieser steht, ebenso die Enkelin (Großvater A_1 oder B_1, Enkelin a_1 oder b_1). Das mochte Bedenken erregen: denn wie Vater und Tochter, so müssen auch Großvater und Enkelin einander verboten sein. Dies leitete die Völker von selbst dazu, noch eine weitere

Stufe herunterzugehen und zu bestimmen, daß nicht die Cousins, sondern die Kinder der Cousins einander heiraten sollten, und das bringt das Achtersystem mit sich. Man nehme einmal das Achtersystem in der Zeitschr. XVII, S. 325:

I.	A_1	heiratet	b_1,
	A_2	„	d_2,
	C_1	„	d_1,
	C_2	„	b_2,
II.	B_1	„	a_1,
	B_2	„	c_2,
	D_1	„	c_1,
	D_2	„	a_2.

Hier ist der erste Stamm geteilt in A_1, A_2, C_1, C_2, der zweite Stamm in B_1, B_2, D_1, D_2 und der Grund ist folgender:

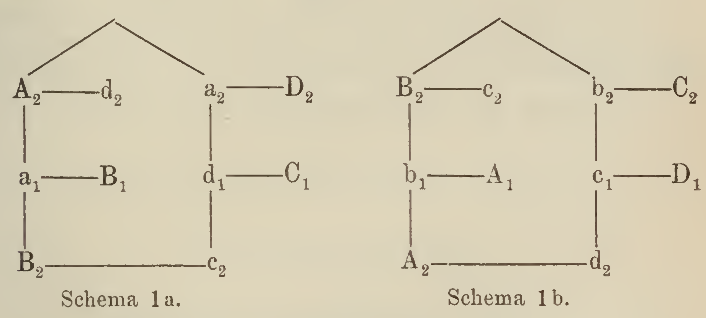
Es handelt sich hier um solche Stämme, bei denen die Cousinehe verpönt wurde und an ihrer Stelle die Nachcousinehe eintrat, von der wir bereits bei den Dieri gesprochen. Bei den Dieri tritt dieses allerdings nicht plastisch in der Bezeichnung der davon betroffenen Personengruppen zu Tage: denn die Dieri benennen bloß die zwei Stämme, sie benennen keine Unterstämme, weder 4 noch 8; wohl aber tritt dies bei einer Reihe von Stämmen hervor, die das Achtklassensystem haben. Hier wird geheiratet nach folgendem System, wobei die senkrechte Linie die Abstammung, die Querlinie die Heirat bezeichnet:



Schema 1. Schema 2.

m = männlich, f = weiblich.

Wie dies mit den Klassen zusammenstimmt, ergeben folgende Schemata, die sich aufbauen nach den Bd. XVII, S. 325, gegebenen Klassifikationen; wobei wir die Männer mit großen und die Frauen mit kleinen Buchstaben bezeichnen, und wobei wiederum die senkrechte Linie die Abstammung, die Querlinie die Heirat bedeutet:



Schema 1a. Schema 1b.

Aehnlich bildet sich Schema 2a und 2b.

So schließt sich alles zu einem Kerne zusammen, und dies ist Gruppenehe. Behaupten, wir hätten nicht so viele Beweise gegeben, als zur geschichtlichen Annahme genügt, heißt gegen die Gesetze der geschichtlichen Wissenschaft fehlen, welche, wenn sie überhaupt bestehen will, mit solchen Folgerungen und Kombinationen notwendig operieren muß.

Ueber den Zusammenhang des Totemismus mit der Gruppenehe ist anderwärts gehandelt worden, und ich halte hier vollkommen meine Anschauungen aufrecht. Der ursprüngliche Totemismus ist jedenfalls der genealogische Totemismus, und ein Zerfall liegt vor, wenn er wie bei den Arunta zu einem Zufallstotemismus wird, in der Art, daß der Totem sich nicht bestimmt durch die Abstammung, sondern durch den Zufall der Geburt, indem die Mutter eben gerade sich an einem Orte befindet, wo ein Totemgeist herumschwirrt, welcher dem Kinde die Seele gibt. Das haben wir aus den Schilderungen von Spencer und Gillen gelernt. Früher war es nicht sicher, wie der Totemismus zerfallen ist: das liegt

hier nun offen zu Tage. Man vergleiche darüber auch jetzt den Aufsatz von Lang in der Festgabe für Tylor, S. 212 f., der sich auf die zahlreichen Mitteilungen von Roth in den Bulletins of North Queensland Ethnography beruft.

Ein zweites Zerstörungsmittel des Totemismus war das Aufkommen des Manitukultes, also die Annahme, daß dem Einzelwesen ein besonderer Geist, ein Manitu, Schutzgeist, Schutzengel innewohne; wie ich dies bereits anderwärts ausgeführt habe.

Im übrigen vgl. Urgeschichte der Ehe, S. 41 ff.

VII.

Die Scheinehe in europäischen Hochzeitsbräuchen.

Von

Prof. Dr. **Armin Ehrenzweig** in Wien.

1. Die indische Scheinehe.

In überraschender Mannigfaltigkeit haben die Bräuche indischer Völker Spiegelungen jener urzeitlichen Sitten bewahrt, die wir bei den verwandten Völkern unseres Erdteils nur in einem oft bis zur Unkenntlichkeit verwitterten Zustande antreffen. So bietet uns Indien den Schlüssel zur Lösung zahlreicher Rätsel, mit deren Deutung eine auf das einzelne Volk beschränkte Forschung sich vergeblich abmühen würde.

Ueber die Scheinehe in Indien sind wir durch die Forschungen Kohlers unterrichtet. Eine Pflanze, so hören wir, oder ein Tier oder ein Gerät übernimmt die Rolle des Bräutigams oder der Braut; und diese seltsame Ehe ist ursprünglich keineswegs als eine bloße Scheinhandlung gedacht[1]. Dem alten Volksglauben (Animismus) ist jeder Gegenstand belebt. Wer sich dem Baume vermählt, vereinigt sich mit der Seele des Baums; er tritt in ihren Dienst und empfängt dafür ihren mächtigen Schutz[2]. Aber nach

[1] Kohler, Zeitschr. XII, S. 214 f.

[2] Vgl. auch Reinach, Cultes, mythes et religions II, S. 207, über die „Ehe mit dem Meere“.

dem Hinschwinden des alten Glaubens wird der Brauch nur noch als eine unverständliche und doch notwendige Feierlichkeit zum Zwecke der Abwehr unheilvoller Einflüsse vom Aberglauben festgehalten, bis schließlich auch dieser überwunden wird und der ganze Vorgang höchstens noch um seiner Widersinnigkeit willen als ergötzlicher Hochzeitsscherz hie und da begegnet.

Auf der zweiten und auf der dritten, tiefsten Stufe — als magisches Schutzmittel und als harmlose Neckerei — finden sich Reste der Scheinehe, entstellt und verkannt, auf europäischem Boden.

Die Aufgabe der Scheinehe ist durch Kohlers Arbeiten klargestellt worden. Danach ist sie entweder Ersatzehe oder Vorehe. Als Ersatzehe verschafft sie dem Zölibat die Weihe der Ehe, dem Ehelosen die religiösen und rechtlichen Vorteile des ehelichen Standes. Wer die menschliche Ehe vermeiden will, kann sich auf geistige Weise mit einem Gotte verbinden — spiritualiter nubere [3]). „So die Murlis in Scholapur, welche dem Gotte Kandhoba gewidmet werden: sie verheiraten sich mit dessen Bild, indem Ehezeremonien vorgenommen werden . . ." [4]). Man darf wohl an jene „Romantik" erinnern, welche den Eintritt ins Kloster, besonders bei Jungfrauen, mit Hochzeitsprunk umgibt [5]) und auch daran, daß das Kirchenrecht die Verletzung des Zölibats geradezu als Bigamie (bigamia similitudinaria) behandelt. Auch dieser Gedanke findet sich bei den Indern: das mit einem Bambus verheiratete Mädchen darf keinen Mann mehr nehmen [6]).

Oft aber ist die Scheinehe Vorehe und nur in dieser Verwendung wird sie uns im folgenden beschäftigen. Vor der wirklichen Ehe wird eine Baumehe geschlossen: „Der Bräutigam vollzieht die Ehezeremonie mit einem Baume, die

---

[3]) c. 10 Causa 27 qu. 1.

[4]) Kohler, Zeitschr. X, S. 120 f.

[5]) Scherer, Kirchenrecht II, S. 802.

[6]) Kohler, Zeitschr. X, S. 331.

Braut mit einem anderen ... erst dann vollziehen sie die Ehezeremonie unter sich"[7]). Die ursprüngliche Absicht ist wohl die, einem göttlichen Wesen dauernd die Stellung des ersten Gatten anzuweisen und so die neugegründete Familie unter seinen Schutz zu stellen; einem polygamischen Volke mag dieser Gedanke naheliegen. Der Aberglaube aber ist zufrieden, den Scheinehegatten, der nun aller Heiligkeit entbehrt, bloß zu dem Zwecke vorzuschieben, um das Unheil, das dem wirklichen Gatten droht, auf ihn zu überwälzen. Des bösen Geistes voll wird der Scheingatte zur größeren Sicherheit vernichtet, bevor die wirkliche Eheschließung vorgenommen wird. Der Mann heiratet z. B. eine Pflanze, die sofort abgeschlagen, die Frau einen Hahn, der sofort getötet wird[8]). „Eine solche Ehe lenkt das Unglück ab, eine weitere Ehe steht darum nicht mehr im Zeichen des verfolgenden Geistes" (Kohler).

Diese apotropäische Scheinehe hat die größte Verbreitung gefunden.

2. Die altgriechischen Daedala.

Daedala heißt das Fest, das die Böotier den beiden Bräuten des Zeus feierten, der hölzernen und der lebendigen. Die hölzerne Braut nannten sie Daedalon, unter dem Namen Hera Nympheuomene riefen sie die lebendige an. Eine Schilderung dieses Festes finden wir, nebst dem zugehörigen ätiologischen Mythus, in dem Reisehandbuche des Pausanias[9]), den Mythus außerdem in einem Fragment des Plutarch, das uns Eusebius[10]) aufbewahrt hat. Die überlieferten Züge lassen sich nicht auf einen einheitlichen Grundgedanken zurückführen; gleich Leitfossilien bezeichnen sie die

---

[7]) Kohler, Zeitschr. IX, S. 331.
[8]) Kohler, Zeitschr. X, S. 120.
[9]) Descriptio Graeciae IX, 3.
[10]) Praeparatio evangelica III, 1 u. 2.

drei geschichtlichen Formationen, in denen die Scheinehe unter jedesmal veränderter Gestalt auftritt. Wir erkennen noch, daß in einer archäischen Periode den Griechen die heilige Eiche als Braut des Zeus gilt, ganz ebenso, wie die Inder heute noch die Pflanze Tulasi (Basilicum) als Braut des Wischnu feiern. Daß nämlich die Scheinbraut des Daedalafestes, eine Holzpuppe im Brautkleide, als Vertreterin der Eiche aufzufassen ist[11]), zeigt die Tatsache, daß sie nicht etwa aus dem ersten besten Holzklotze angefertigt wurde. Vielmehr mußte das Holz einer Eiche genommen werden und diese Eiche wurde von Zeus selbst durch ein Vogelzeichen bestimmt. In einem Haine bei Alalcomenä, wo die höchsten Eichen Böotiens wuchsen, legte man Fleisch aus. Wenn sich nun ein Rabe eines Fleischstückes bemächtigte, so war der Baum, auf welchen er sich mit der Beute niederließ, der richtige Baum; aus diesem schnitzte man die Puppe. Bräutlich gekleidet und verschleiert wurde sie vom Ufer des Asopus[12]) feierlich bis auf den Gipfel des Cithäron, d. h. bis zur Wohnung des göttlichen Bräutigams gefahren. Neben ihr befand sich auf dem Brautwagen eine Nympheutria (Brautführerin). Auf dem Berggipfel war ein Altar in Gestalt eines großen Holzhauses mit Strohdach errichtet und bei diesem trafen die vierzehn Daedala der böotischen Städte und unzählige Opfertiere zusammen. All das — den Altar, die Opfertiere und die Daedala — verzehrte ein weithin leuchtender Riesenbrand.

Eine befriedigende Deutung ist bisher nicht gelungen. Der neueste Bearbeiter, v. Schöffer[13]), will geradezu auf eine „Lösung der Aporie" verzichten. „Die Festgebräuche," schreibt er, „sind sehr seltsam; daß die Opfertiere ganz verbrannt werden, könnte auf ein Sühnopfer hinweisen; aber noch

[11]) Vgl. Bötticher, Baumkultus der Hellenen, S. 101 ff. u. 215 ff.

[12]) Dort wurde wohl das Brautbad genommen. Die Sage macht die Holzbraut zur angeblichen Tochter des Asopus; danach wäre es das Vaterhaus, bei dem der Zug beginnt.

[13]) Art. Daedala in Pauly-Wissowas Enzykl. IV, S. 1993.

seltsamer ist das Verbrennen der vierzehn Daedala — eine Erinnerung an ehemalige Menschenopfer kann wohl kaum darin liegen, denn das Schmücken, Baden, Fahren auf dem Wagen in Begleitung einer Brautführerin stimmt dazu absolut nicht, auch die feierliche Wahl des Holzes ist nur für ein Götterbild begreiflich, aber ein solches verbrennt man doch nicht selbst, dem Gotte zu Ehren." Wir erblicken in der Verbrennung der Holzbraut den sichersten Hinweis auf die zweite (apotropäische) Stufe der Scheinehe und dafür spricht auch die Vernichtung der Opfertiere und des Altars. Das Daedalon hat alles Unheil auf sich genommen, das der heiligen Ehe gedroht hat, darum wird es vernichtet und darum darf auch vom Fleische der Opfertiere niemand genießen.

Kein ausdrückliches Zeugnis, aber die Analogie ähnlicher Feste, welche anderwärts die heilige Hochzeit feiern, spricht dafür, daß die Festbräuche zum mindesten in der Zeit ihrer Entstehung mit den Bräuchen im Einklange standen, welche bei menschlichen Eheschließungen, entweder allgemein oder wo es auf besondere Feierlichkeit und Heiligung abgesehen war, geübt worden sind. Möglich, daß hier allmählich die Scheinbraut zum harmlosen Popanz herabsank, mit dem man die Braut neckte. So nämlich faßt die Fabel die Sache auf, welche zur Erklärung des Festbrauches offenbar erst nachträglich ersonnen wurde.

Hera hat den Zeus aus irgend einer Ursache verlassen und sich auf den Cithäron (oder nach Euböa) zurückgezogen. Zeus entschließt sich, sie durch List wieder zu gewinnen. Er verfertigt eine Holzpuppe, die er als Braut bekleidet und Daedale [14]) nennt. Ausdrücklich wird erzählt, daß Zeus zu diesem Zwecke eine besonders hohe, schöne Eiche ausgewählt hat — unbegreiflich, wenn es bloß darauf ankam, die unfreundliche Gattin durch ein Trugbild zu täuschen. Mit der

---

[14]) So Plutarch. Bei Pausanias nennt Zeus die Scheinbraut Platäa.

Holzbraut vollzieht Zeus die Feierlichkeiten der Hochzeit. Der Hymenäus wird angestimmt, Nymphen bereiten der Puppe das Brautbad, Flötenspiel erklingt, ein fröhliches Mahl wird abgehalten und schließlich besteigt Zeus mit seiner Puppe den Brautwagen, um sie heimzuführen. Nun aber, im letzten Augenblicke, verläßt Hera die waldigen Höhen, von Eifersucht entbrannt eilt sie zum Brautwagen, sie drängt sich durch die Menge, zerreißt den Schleier und erkennt „mit Freude und Gelächter“ die Täuschung. Versöhnt besteigt sie selbst als Brautführerin den Wagen. Damit könnte die kleine Erzählung schließen, wenn nicht noch die Hauptsache zu erklären wäre: die Verbrennung des Daedalon. Dazu muß nun die närrische Eifersucht der Göttin herhalten. Dieselbe Hera, die bereits weiß, daß sie bloß mit einer Holzpuppe geneckt worden ist, dieselbe Hera, die den guten Spaß mit Gelächter aufgenommen und als Brautführerin noch fortgesetzt hat, verbrennt trotzdem aus Eifersucht das leblose Spielzeug: „Καταχαῦσαι δὲ ὅμως αὐτὸ, καίπερ ἄψυχον ὂν, ὑπὸ ζηλοτυπίας“[15]).

Späte Erfindung zeigt sich schon darin, daß dieser ätiologische Mythus das Fest nicht auf die Eheschließung zwischen Zeus und Hera beziehen will, sondern auf eine Wiedervereinigung nach irgend einem Zerwürfnisse, dessen Ursache nicht einmal angegeben werden kann. Man zweifelt heute gleichwohl nicht daran, daß das so kostspielige und glänzende Volksfest nicht der Erinnerung an einen gleichgültigen Ehezwist, sondern dem ἱερὸς γάμος galt. Das ergibt ja schon der Beiname Nympheuomene, den Hera in Böotien gerade um dieses Festes willen führt. Die Umdeutung sollte wohl die Widersprüche beseitigen, die sich bei der Vergleichung der böotischen Festbräuche mit den anderwärts beobachteten Riten des ἱερὸς γάμος ergaben — Widersprüche, die uns heute nicht mehr stören.

Im übrigen erklärt der Mythus zwar das Fest nicht, aber

---

[15]) Plutarch bei Eusebius III, 2.

er ist wertvoll als ein Zeugnis der späteren Auffassung des alten Hochzeitsbrauches. Die Braut ist nicht mehr die göttliche Seele der Eiche, auch nicht mehr das Amulett, das den Zorn böser Geister auf sich nimmt und sühnt, sie ist nur noch eine „falsche Braut“, die zu fröhlichem Scherze verwendet wird. Die echte Braut nämlich, so dürfen wir vermuten, sträubt sich gegen die Heimholung, wie es die Sitte verlangt, sie entflieht, sie versteckt sich. Da stellt der Bräutigam ihre Liebe auf die Probe. Er tritt zum Scheine mit einer anderen die Brautfahrt an. Das Mittel wirkt. Die Braut eilt in komischer Eifersucht herbei und vernichtet das Trugbild.

Damit ist die Vorehe auf der untersten Stufe der Entwicklung angelangt, sie ist zum Untergange reif.

3. Der Sartsade der Osseten.

Bei den Osseten ist die Erinnerung an die Scheinehe erloschen. Und doch tritt bei ihren Hochzeiten ein Gerät auf, das ungeachtet seiner roheren Gestalt als ein Verwandter des verschleierten Daedalons der Böotier angesehen werden darf, der „Sartsade“, ein zugespitzter Stock, der in ein Stück Musselin oder Kaliko eingehüllt ist [16]. Die einfachere Form läßt darauf schließen, daß wir es mit einem Gebilde zu tun haben, welches an Alter die böotische Schnitzerei übertrifft, also der Baumehe näher steht [17]. Zusammenhang mit animistischen Vorstellungen verrät der Name des Gerätes: er soll „Engel des Kopfes“ bedeuten. Ueber dem Kopfe der Braut beschreibt der Brautführer am Abend vor der Hochzeit mit dem Schleierstocke drei Kreise, nach Kovalewsky in der Absicht, die bösen Geister zu bannen; dabei ruft er jedes-

[16] Kovalewsky, Droit coutumier ossétien, S. 170 f.

[17] Eine noch ältere Form ist der verschleierte Ast, dem wir unten (5) begegnen werden.

mal: „Heil! Heil! Heil!“ und dann: „Neun Söhne und eine Tochter mit blauen Augen“ [18]).

Am nächsten Morgen werfen Nachbarn, die das Geheimnis der Brautnacht erlauscht haben, eben diesen Stock in den Hof der jungen Eheleute und dies gilt den Osseten als eine untrügliche Bekanntmachung des Ehevollzuges [19]); der Stock vertritt also hier den grünen Baum, der bei lettischen Bauernhochzeiten zum gleichen Zwecke auf das Haus des jungen Ehemannes gestellt wird [20]).

Kovalewsky [21]) zieht zur Erklärung des Sartsade einen Hochzeitsbrauch der südlichen Kaukasusvölker, insbesondere der Swaneten, heran. Er erzählt zunächst, wie bei diesen der Brautführer mit blankem Dolche über dem Kopfe der Braut nach allen Richtungen Streiche führt, um die bösen Geister fernzuhalten, die mit der Braut in ihr neues Heim eindringen wollen. Dann leitet er mit den Worten: „Chez les Ossètes on aperçoit les restes presque méconnaissables d'une cérémonie identique“ die Mitteilung über den Sartsade ein. Nun kann man schon über den Dolch der Swaneten verschiedener Ansicht sein. Es ist wohl möglich, daß dieses Volk dem Dolche — vielleicht ursprünglich in Verbindung mit einem Zauberspruche — die Kraft zuschreibt, die bösen Geister zu durchbohren. Ein Seitenstück würde die altindische Sitte bieten, die Geister, welche die Braut umschweben, zu beschießen. Die Formel, die der Priester dabei zu sprechen hatte, ist uns erhalten: „Ich durchbohre das Auge der Rakshasas, die um diese Frau herumstreichen, die zum Feuer hintritt. Heil verleihe der Wesen Herr der Braut“ [22]). Aber

---

[18]) Auf Korsika lautet der Wunsch „Dio vi dia buona fortuna, tre di maschi et femmin 'una“. Reinsberg-Düringsfeld, Hochzeitsbuch, S. 257.

[19]) Kovalewsky, S. 177.

[20]) Mannhardt, Wald- und Feldkulte I, S. 47.

[21]) S. 170.

[22]) Winternitz, Das alte indische Hochzeitsrituell nach dem Apastambiya-Grihyasutra (1892), S. 60.

auch der Gedanke an die Scheinehe liegt nicht ferne — denn auch die Dolchehe ist den Indern bekannt[23]).

Auf keinen Fall aber sind wir berechtigt, in dem Brauche der Osseten nur „die beinahe unkennbaren Reste" jener Sitte der Swaneten zu erblicken. Die Absicht freilich scheint hier und dort die gleiche zu sein. Aber wenn der Dolch der Swaneten wirklich als Waffe die bösen Geister von den Ehegatten fernhält, so gibt der Stock durch den Schleier zu erkennen, daß er eben diesen Zweck auf eine minder sinnfällige Weise als Scheinbraut erreichen will. Darum wird er nicht zu Lufthieben oder Stichen verwendet, sondern zu Bewegungen, wie sie die wirkliche Braut ausführt, wenn sie dreimal das häusliche Feuer umkreist[24]). Auffällig ist nur die Beziehung des Sartsade zum Kopfe der Braut; denn den Kopf, nicht das Feuer, umkreist er und „Engel des Kopfes" bedeutet sein Name. Eine restlose Erklärung dürfte schwerlich gelingen. Vielleicht liegt eine Angleichung zweier Bräuche vor, die in einer älteren, umständlicheren Hochzeitsordnung nebeneinander bestanden: Die Scheinbraut könnte z. B. nebenher die Aufgabe der gefüllten Schale (purnapatri) übernommen haben, die bei den alten Indern der Lehrer des Bräutigams auf den Kopf der Braut stellt. Darauf deutet die Uebereinstimmung der begleitenden Glückwünsche hin[25]).

4. Römische Hochzeitsbräuche.

Nehmen wir dem Sartsade den Schleier, den er mit dem griechischen Daedalon (oben 2) und dem böhmischen Aste (unten 5) gemein hat, so kann er leicht für eine „hasta pura", d. h. für eine Lanze ohne Eisenspitze genommen werden — die Kriegswaffe der Steinzeit. Legen wir dann noch gerade auf

---

[23]) Kohler, Zeitschr. X, S. 121.

[24]) Vgl. Roßbach, Die römische Ehe, S. 232, Note 726; bezüglich der Osseten Kovalewsky, S. 170.

[25]) Haas, Indische Studien V, S. 292.

jene Beziehung zum Kopfe der Braut Gewicht, die unerklärt geblieben ist, so liegt der Gedanke an die hasta caelibaris nahe genug, mit welcher das Haar der römischen Braut geordnet wurde. Das kann zu Irrtümern nach beiden Richtungen hin Anlaß geben.

Wer davon ausgeht, daß es sich bei dem ossetischen Brauche um eine Scheinehe handelt, wird geneigt sein auch den römischen dafür zu nehmen. Sieht man mit Kovalewsky im Sartsade eine Waffe, die böse Geister fernhalten soll, so wird man gerne der neuesten Deutung zustimmen, welche auch die Verwendung der hasta dem indischen Pfeilschießen gleichstellt[26].

Anderseits könnte irgend eine ältere Erklärung der hasta caelibaris auf den Sartsade übertragen werden. Wenn z. B. die hasta das Sinnbild der Familiengewalt ist[27], wenn der Vorgang darum von manchen mit der deutschen Speerreichung verglichen oder geradezu als ein Ueberbleibsel der Raubehe erklärt wird[28], um wieviel mehr Veranlassung haben wir dann, die Bräuche der Kaukasusvölker im gleichen Sinne auszulegen! Der Brautführer gilt ja als der Helfer des Mannes beim Brautraube. Ihn sehen wir über dem Haupte der Braut bei den Swaneten einen Dolch, bei den Osseten einen spitzen Stock schwingen. Da käme doch wohl die Vergewaltigung der Braut viel sinnfälliger zum Ausdrucke als in der römischen Gewohnheit, das Haar der Braut mit der hasta zu schlichten.

Meines Erachtens hat die hasta caelibaris weder mit der Scheinehe, noch mit der Raubehe, noch mit der manus mariti

---

[26]) Vgl. Reinach, Cultes, mythes et religions I, S. 117.

[27]) „Quod nuptiali jure imperio viri subjicitur nubens, quia hasta summa armorum et imperii est. Quam ob causam viri fortes ea donantur et captivi sub eadem veneunt, quos Graeci δορυαλώτους et δορυκτήτους vocant.“ Festus s. v. caelibaris hasta.

[28]) So schon Plutarch, Quaest. Rom. 87; vgl. auch dens. Rom. 15 (Raub der Sabinerinnen).

etwas zu tun; ihre Bedeutung liegt auf dem Gebiete der abergläubischen Volksmedizin, nicht auf dem der Rechtswissenschaft. Nur um dies nachzuweisen und damit die ganze Frage wenigstens für die Juristen — hoffentlich endgültig — abzutun, mag hier eine Abschweifung von unserer Aufgabe gestattet sein.

Wieder bietet uns Indien ein Seitenstück. Das Haar der römischen Braut wird mit der hasta caelibaris gescheitelt. In der altindischen Ueberlieferung wird die Scheitelung mit dem Stachel eines Stachelschweines vorgenommen. Einen solchen übergibt der Bräutigam der Braut mit den Worten: „Wie dieser Stachel die geliebte Çaci[29]), die mit herrlichen Söhnen begabte Aditi und die junge Apala schützte, so möge er dich hier schützen“[30]). Das Schlichten des Scheitels erfolgte aber nicht bei der Hochzeit, sondern erst nach Eintritt der Schwangerschaft. Eine einzige Quelle (Kauçika) verlegt die Scheitelung unter die Hochzeitsbräuche, weicht aber auch darin von den anderen Quellen ab, daß an die Stelle des Stachels ein Grashalm tritt[31]). Nach den übrigen Grihyasutras wird der Scheitel der Frau mit dem bei der Hochzeit übergebenen Stachel erst im 4., 6., 7. oder 8. Monate der Schwangerschaft und nur bei den folgenden Schwangerschaften zu beliebiger Zeit — also niemals schon bei der Hochzeit geschlichtet. Daraus folgt, daß der Stachel mit der Ehe unmittelbar nichts zu schaffen hat, sondern die Schwangere vor der Gefahr einer unglücklichen Entbindung so schützen soll, wie er nach irgend einer verlorenen Ueberlieferung die Götterfrauen geschützt hat.

Bei den Römern verhält es sich nicht anders. Soll die

---

[29]) Die Gattin des Indra.

[30]) Haas, Indische Studien V, S. 307. Vgl. auch Hardy, Die vedisch-brahmanische Periode, S. 178.

[31]) Wenn Weber, Indische Studien V, S. 405, gerade in dieser Darstellung die älteste Sitte erhalten findet, so verleitet ihn dazu nur die Vergleichung mit den römischen und deutschen Bräuchen.

Entbindung leicht von statten gehen, so darf das Haar der Schwangeren nicht verflochten, es muß geschlichtet sein. Denn jeder Knoten — selbst das Verschlingen der Hände — hindert nach dem Aberglauben die Entbindung[32]. Darum darf das Heiligtum der Geburtsgöttin nur solutis nodis betreten werden[33] und von einer Schwangeren nur mit aufgelöstem Haare:

Si qua tamen gravida est, resoluto crine precetur,
Ut solvat partus molliter illa suos[34][34a].

Das spitze Werkzeug (Stachel, Spieß) ist der natürliche Feind des Knotens, es mag dauernderen, magischen Schutz gewähren als der gewöhnliche Kamm. Wenn aber die Inder gerade den Stachel des Stachelschweines zur Schlichtung des Haares verwenden, so kann der Grund nur in der Volksmedizin liegen, die das Stachelschwein in den Dienst der Schwangeren stellt. Seine Asche schützt nach Plinius gegen Frühgeburten[35].

Vom Stachelschweine nun glaubte man allgemein, daß es seine Stacheln als Wurfspieße gebrauche[36]. Es kann daher nicht auffallen, wenn römischer Brauch den natürlichen Wurfspieß durch den künstlichen, den Stachel durch die hasta

---

[32] Der Aberglaube reicht weiter. Im Kriegsrat darf man die Beine nicht übereinanderschlagen (Plinius, Nat. hist. 28, 17) und die spartanischen Krieger schlichten (διακρίνουσιν) vor der Schlacht wie die römischen Bräute das Haar: Plutarch, Lykurg, c. 22. Vgl. auch Herodot VII, c. 208 f.

[33] Servius zu Aeneid. IV, 518.

[34] Ovid, Fasten III, 255 f.

[34a] [Der Glaube an die Unheilsbedeutung der Knoten findet sich oft; so durfte in Rom der Flamen an seinem Gewande keinen Knoten haben, er durfte den Efeu nicht berühren, eine Rebenlaube mit Ringeln nicht betreten u. a. Vgl. Bachofen, Sage von Tanaquil, S. 243. — Kohler.]

[35] Nat. hist. 30, 43.

[36] Plinius, Nat. hist. 8, 53. Dazu Brehm, Tierleben II, S. 410 u. 419.

velitaris ersetzt. Denn ein kleiner Wurfspieß, nicht eine Stoßlanze ist die hasta caelibaris.

Die Stoßlanze verdankt gerade ihrer bedeutenden Länge die — immerhin bescheidene — Rolle, die sie im bürgerlichen Rechte spielt[37]), die hasta caelibaris dagegen wird von Plutarch jedesmal[38]) „Speerchen" (δοράτιον) genannt. Die Spitze der Stoßlanze war — selbstverständlich — so starr als möglich, den Brautspieß nennt Ovid[39]) „hasta recurva": seine Spitze war, wohl um Verletzungen bei der Haarschlichtung zu vermeiden, zurückgebogen[40]). Mit Recht tritt deshalb Roßbach[41]) der Meinung entgegen, daß die hasta caelibaris die gewöhnliche römische Lanze gewesen sei; unbegreiflich aber ist es, daß er sie — einer unhaltbaren Hypothese zuliebe — zu einem alten „Scherinstrumente" macht und ganz übersieht, daß das Wort hasta außer der Lanze noch eine zweite Waffe bezeichnet, ein Spießchen, das sich gerade durch seine Kleinheit und seine biegsame Spitze auszeichnet: die hasta velitaris[42]). Dieses Geschoß war nicht ganz ein Meter lang und die Spitze war so dünn, daß sie sich beim ersten Wurfe verbog, so daß die Waffe vom Feinde nicht zurückgeschleudert werden konnte.

Daß es sich nun bei der Haarschlichtung um die Beförderung der Entbindung handelte, ergibt sich daraus, daß die hasta vor dem Gebrauche in den Leichnam eines Gladiators gesteckt werden sollte: „Quæ in corpore gladiatoris[43]) stetisset

---

[37]) Bei den Wegegerechtigkeiten: l. 7 D. de serv. praed. rust. 8, 3 (hasta recta).

[38]) Quaest. Rom. 87, Romulus 15.

[39]) Fast. II, 560.

[40]) Marquardt, Privataltertümer I, Note 213.

[41]) Römische Ehe, S. 289 ff.

[42]) „Il ne faut pas se laisser tromper par la similitude des noms: la haste de vélites n'est pas une lance, c'est un javelot." Beurlier in Saglio, Dictionnaire III, S. 39.

[43]) Was mit dem toten Gladiator in Berührung kommt, ist zauberkräftig wie der Strick des Gehenkten: Lafaye in Saglio, Dictionnaire II, S. 1592.

abjecti occisique"[44]). Roßbach[45]), dem die hasta keine Waffe, sondern eine altertümliche Schere ist, will daran nicht glauben. Er meint, daß Festus „zu dieser allerdings sehr abgeschmackten und gedankenlosen Erklärung durch die Ableitung des Wortes cælibaris von caelare, stechen[46]), verleitet worden" sei. Aber es rächt sich, wenn man in solcher Weise mit Quellenzeugnissen umgeht, bloß weil sie zu einer vorgefaßten Meinung nicht passen!

Hätte Roßbach statt an seine altertümliche Schere, an die hasta velitaris gedacht, die sich dem Unbefangenen beinahe von selbst aufdrängt, so wäre ihm die Mitteilung des Plinius[47]) schwerlich entgangen, daß schwierige Entbindungen sofort gelöst werden (difficiles partus statim solvi) mit Hilfe der „hasta velitaris evulsa e corpore hominis, si terram non attigerit". Auch die hasta caelibaris des Festus soll offenbar die Erde nicht berühren, da sie in der Leiche stehen soll (quae . . . stetisset). Kurz: Plinius und Festus berichten über denselben Aberglauben.

Die Schlichtung des Haares fördert die Entbindung, an der aus dem Leichnam gezogenen Lanze haftet von vornherein eine dahin zielende Kraft, ebenso wie bei den Indern am Stachel des Stachelschweines — was liegt näher als das fördernde Amulett zur fördernden Handlung zu verwenden?

Wenn nun der Stachel schon bei der Eheschließung übergeben, wenn mit der hasta schon das Haar der Braut gescheitelt wird, so folgt daraus offenbar noch nicht, daß diesen Geräten irgend eine juristische Bedeutung zukommt oder daß sie überhaupt mit der Ehe anders zusammenhängen als durch den Gedanken an die Folgen der Ehe: die Schwangerschaft und die Entbindung[48]).

---

[44]) Festus a. a. O.

[45]) S. 289 f.

[46]) Vielleicht richtig!

[47]) Nat. hist. 28, 6.

[48]) Unerklärt bleibt die Bezeichnung „hasta caelibaris", die für

Eine Scheinehe könnte vielleicht in einem anderen römischen Hochzeitsbrauche gefunden werden, von dem uns leider nur der Spott christlicher Schriftsteller dunkle Kunde überliefert hat. Die Bräute mußten sich auf den riesigen Phallus des Gottes Mutunus Tutunus setzen, welcher dem Priapus der Griechen entspricht[49]), „ut illarum pudicitiam prior Deus delibasse videatur“ [50]). Roßbach[51]) will das freilich nicht gelten lassen, er zieht die Erklärung vor, „daß die Braut durch das Sitzen im Schoße des Phallosgottes fruchtbar werden soll“. Uns liegt heute diese Auffassung nahe genug; den Römern aber ist der Phallus (Fascinus) vor allem Amulett, er ist das kräftigste und verbreitetste Schutzmittel gegen den bösen Blick, gegen feindliche Geister, gegen Zauberei. So mag auch die Jungfrau in der innigsten Verbindung mit ihm Schutz suchen gegen die bösen Mächte. Der sonderbare Widerspruch, der in der Verbindung gerade dieses Gottes mit der Jungfrau liegt, prägt sich auch im Kultus aus. Im Mädchenkleide — der toga prætexta — betraten die Ehefrauen das Heiligtum des Mutunus, wenn sie ihm Opfer brachten, als ginge ihre menschliche Vermählung den Gott nichts an[52]). Dieser Zug paßt gewiß nicht zu dem bequemen Erklärungsversuche Roßbachs.

Auch bei den alten Indern begegnet die „Vorstellung, daß das Mädchen vor ihrer Verheiratung den Göttern zu eigen gehörte“[53]). Als Gatte wird wiederholt der Jungfrauengott Viçvavasu, ein Gandharva, genannt, der vielleicht mit Mutunus verglichen werden darf.

---

einen Hochzeitsbrauch höchstens kraft des Gegensinnes passen könnte — lucus a non lucendo! Volksetymologie? Vgl. auch oben Note 46.

[49]) August. civ. dei IV, 11. Vgl. Wissowa, Religion und Kultus der Römer, S. 195 f.

[50]) Lactant. Inst. 1, 20.

[51]) S. 370.

[52]) „Mutini Tutini sacellum fuit Romae, cui mulieres velatae togis praetextatis solebant sacrificare.“ Festus s. v. Mutini.

[53]) Haas, S. 275, vgl. Weber, S. 185 u. 191.

5. Slawische und deutsche Hochzeitsbräuche.

Wer heutzutage in den mannigfaltigen und seltsamen Bräuchen des christlichen Landvolkes nach Ueberresten einer bestimmten, längst verschollenen Anschauung der heidnischen Vorfahren forscht, der verfällt nur allzuleicht der Gefahr, unkenntliche Bruchstücke, die wie Wolkenformen, je nach dem Standpunkte des Beobachters zu den verschiedenartigsten Bildern zusammengefaßt werden können, nach einer vorgefaßten Meinung zu ergänzen. Es soll daher nicht der Versuch unternommen werden, alle jene Bräuche europäischer Völker anzuführen, die vielleicht in der Scheinehe wurzeln könnten. Gar manche Hochzeitssitte hat mehr als eine Wurzel und oft genug hat die äußerliche Angleichung unverstandener Gewohnheiten den täuschenden Schein eines Zusammenhanges erzeugt zwischen Bräuchen, die ursprünglich miteinander nichts zu schaffen haben.

Am sichersten vielleicht ist die Scheinbraut der apotropäischen Vorehe in der „alten Braut" zu erkennen, die in Böhmen bei slawischen und bei deutschen Hochzeiten aufzutreten pflegt. Im Egerland[54]) z. B. begrüßt den Bräutigam anstatt der Braut „eine Taglöhnerin oder eine Magd in einer Verkleidung, die für den Bräutigam kompromittierend sein soll. Die ‚alte Braut' [55]), so wird diese Karikatur genannt, gibt sich als Verführte an, weist auf ihre Gestalt, erzählt die näheren Umstände, bringt Hochzeitsgeschenke zum Vorschein, die der Bräutigam ihr gegeben: einen Strick,

---

[54]) Reinsberg-Düringsfeld, Hochzeitsbuch, S. 179. Die „verlassene Braut" begegnet auch bei Jahresfesten, die eine Eheschließung nachahmen sollen (Maibrautschaft u. dgl.): Mannhardt, Wald- und Feldkulte I, S. 435, 446.

[55]) D. h. die ältere (frühere) Braut, gewöhnlich aber nicht immer von einem alten Weibe dargestellt. Auch ein Kind kann als frühere Braut auftreten, vgl. Langer, Deutsche Volkskunde aus dem östlichen Böhmen I, S. 132 („kleine Braut").

an welchem Erdäpfel statt der Rosenkranzperlen aufgereiht sind, ein aus ‚Schleißenspalten‘ (Kienspänen) verfertigtes Kreuz, einen Stein, der, in Papier gewickelt, ein Gebetbuch vorstellt. Endlich wird sie durch ein Geldgeschenk des Bräutigams zum Abzug bewogen, und statt ihrer zeigt sich im Festputz die wirkliche, die ‚junge Braut‘, welcher, dem allgemeinen Glauben nach, die ‚alte Braut‘ das Ungück aus dem Hause getragen hat“.

Es ist also der alte Gedanke noch nicht erloschen, daß eine frühere Braut (Scheinbraut) das Unheil auf sich nehmen kann, das der späteren (wirklichen) droht. Freilich ist es hier nicht mehr eine Pflanze, ein Tier, ein Gerät, sondern ein menschliches Wesen, das die gefährliche Rolle übernimmt. Aber auch diese verständlichste Form der Scheinehe, die auf eine Art Theatervorstellung mit eingelernten Rollen hinauslauft, ist den Indern nicht fremd. Nach altindischen Quellen[56]) führt der Bräutigam statt der Braut eine andere Frauensperson auf dem Brautwagen fort und entläßt sie an einem Kreuzwege, indem er auf den Zipfel ihres Brautkleides tritt, mit den Worten: „Die zuerst gegürtet herbeikam, die mögen sie, nachdem ihr Nachkommenschaft und Reichtum verliehen ist, führen auf dem Wege des Nichtgeschehenen; siegreich überstrahle diese sie.“ Der Segenswunsch und der „Weg des Nichtgeschehenen“ soll wohl die „alte Braut“ vor dem Unheil schützen, das sie der „jungen“ abnimmt.

Schon hier liegt aber auch der Gedanke an die „falsche Braut“ nahe, die sich nicht für eine frühere, sondern für die richtige Braut ausgibt. Nach einer weitverbreiteten Sitte wird dem Bräutigam, der die Braut abholen will, zuerst eine falsche Braut vorgeführt, die er zurückweist; oft treten zwei und mehr falsche Bräute auf, bevor die richtige erscheint, die

---

[56]) Haas, Ind. Studien V, S. 393. Vgl. auch die shes-Ehe bei Kohler X, S. 121 (Ehe eines Mädchens mit einem als Mann verkleideten Mädchen).

alle anderen „siegreich überstrahlt". Daß die falsche Braut nur eine Mißdeutung der alten Braut ist, ist sehr wahrscheinlich; man erinnere sich an die Verwandlung der böotischen Eichenbraut in eine falsche Braut, die dort freilich nicht den Bräutigam, sondern die eifersüchtige Braut täuschen soll. In ihrer äußeren Erscheinung sind die alte und die falsche Braut einander so ähnlich und durch so viele Uebergänge verbunden, daß es kaum möglich ist, sie auseinander zu halten. Dennoch wird von den Erklärern auf die Täuschung des Freiers Gewicht gelegt und die Sitte gewöhnlich auf die Raubehe zurückgeführt. Aber in dieser Weise lassen sich nicht alle Züge erklären. Wenn schon eine Täuschung beabsichtigt ist, dann liegt es näher, mit Crawley anzunehmen, daß es die bösen Geister sind, die getäuscht werden sollen, um ihre Angriffe von der wirklichen Braut abzulenken. Aber auch das kann nicht der ursprüngliche Gedanke sein. Die falsche Braut ist ja gewöhnlich der echten so unähnlich als möglich. An einen Zusammenhang mit dem Pflanzenkultus denkt Mannhardt[57]). Er verweist auf den ihm „noch nicht völlig verständlichen Umstand, daß in der Lausitz[58]) das alte Weib, welches bei der Heimholung dem Bräutigam zuerst an Stelle der wirklichen Braut und unter dem Vorgeben, diese sei es, zugeführt wird, das alte Spreuweib, plowa baba heißt"[59]). Bestimmter weist auf die Pflanzenehe der grüne Zweig zurück, der in Polnisch-Schlesien[60]) die Reise der „falschen Bräute" beschließt. Hier erscheint nämlich zuerst das bekannte alte Weib, dann eine Jungfrau, dann wird dem Bräutigam auf einem Teller ein grüner Zweig nebst einem Kranze gebracht und dann erst — an vierter Stelle erscheint die wirkliche Braut. Daß hier

---

[57]) II, S. 289.

[58]) Vgl. auch Reinsberg-Düringsfeld, S. 170, Wölkerling, Auf einer Lausitzer Bauernhochzeit, in der Monatsschrift „Deutschland" IV (1904), S. 631 ff.

[59]) Spreu ist wie Häckerling das Kennzeichen der entehrten Braut.

[60]) Reinsberg-Düringsfeld, S. 206.

die Zahl vier als Glückszahl eine Rolle spielt, kann man aus der begleitenden Ansprache entnehmen. Danach hat die Braut den Kranz selbst gewunden, „vier Nächte hat sie nicht geschlafen, vier Kerzen hat sie verbrannt, als sie ihn geflochten". Man darf wohl annehmen, daß die Braut den Zweig, der uns bald noch viel deutlicher als Scheinbraut begegnen wird, darum vorausschickt, weil sie selbst erst als vierte an die Reihe kommen will. Indien bietet uns in der Arkaehe[61]) ein Seitenstück. Auf zwei menschliche Ehen des Bräutigams folgt eine Scheinehe mit der Arkapflanze, die vier Tage im Boden bleiben muß, und dann erst wird die neue Ehe als vierte (statt als dritte) abgeschlossen. Ist es Zufall, daß nach dem Ṛikveda jede Ehe von der jungfräulichen Braut als vierte Ehe geschlossen wird, nachdem drei göttliche Ehen vorangegangen sind? „Soma[62]) gewann zu allererst, der Gandharva[63]) dich dann zu zweit. Dein dritter Gatte ist Agni[64]), der Menschgeborene ist der viert'"[65]).

Ein grüner Zweig oder ein grünes Bäumchen wird auch sonst bei Hochzeiten ungemein häufig verwendet. Mannhardt[66]) stellt eine Anzahl Bräuche zusammen, bei denen ein grüner Baum eine Rolle spielt; sie sind aber voneinander sehr verschieden. Der Baum kann nicht überall der Lebensbaum sein, am wenigsten dort, wo er vor der Hochzeit verbrannt werden muß. Ein tschechischer Brauch verrät auf das Bestimmteste die ursprüngliche Baumehe.

Bei den Tschechen nämlich hat sich der Baumkultus besonders lange erhalten[67]); die Vorstellung, daß eine mystische

---

[61]) Kohler IX, S. 331 f.

[62]) Ursprünglich Pflanze!

[63]) Viçvavasu, s. oben 4, a. E.

[64]) Das Feuer, das bei den Hochzeitsbräuchen eine große Rolle spielt.

[65]) Weber, Ind. Studien V, S. 191.

[66]) I, S. 46 f. u. 221 ff. („Brautmaie").

[67]) Vgl. Grohmann, Aberglauben und Gebräuche aus Böhmen und Mähren (1864), S. 86 ff.

Gemeinschaft zwischen Mensch und Baum möglich ist, ist ihrer Sage geläufig. Hier also ist eine Aufklärung über das rätselhafte grüne Bäumchen — den „Wilce", vor dem die kleinrussische Braut schamhaft den Kopf verbirgt[68]), das Siegeszeichen, das bei den Letten die Rolle des Sartsade spielt[69]) u. dgl. — am ehesten zu erhoffen.

Ueber den merkwürdigen Brauch, der nur als Baumehe[70]) gedeutet werden kann, habe ich zwar in den Sammlungen der böhmischen Hochzeitsbräuche keine Angabe gefunden, wohl aber sind mir darüber mündliche Mitteilungen von zwei Seiten zugegangen. Zuerst erhielt ich aus der Gegend von Budweis einen mittelbaren Bericht. Die Frau, die als Gewährin angeführt wurde, ist leider vor einigen Jahren in hohem Alter verstorben; eine zweite, genauere Mitteilung verdanke ich einer alten Frau aus der Gegend von Klattau. Sie erzählte folgendes:

In früherer Zeit holte der Bräutigam schon vor der ersten Verkündigung (Eheaufgebot) aus dem Walde einen frischen Tannenast[71]), hüllte ihn in einen Schleier und schmückte ihn mit einer Myrte. Aermere Leute nahmen statt der Myrte eine ähnliche, wohlfeilere Pflanze. Den verschleierten, geschmückten Ast steckte der Bräutigam in sein Bett unter den Strohsack. Am Hochzeitstage verbrannte er den Zweig[72]), bevor er die Braut zur Fahrt in die Kirche abholte. Als Zweck des Ganzen gab die Alte an, daß der Bräutigam seine Sünden auf den Ast übertrage und mit ihm verbrenne. Sie ver-

[68]) Reinsberg-Düringsfeld, S. 33 u. 39, Mannhardt I, S. 222.

[69]) Oben Note 20.

[70]) An eine Tierehe nach dem Brauche der Ramoshis in Puna (Kohler, Zeitschr. X, S. 120, oben Note 8) erinnert das „Hahnköpfen bei der böhmischen Hochzeit" (Grohmann, Aberglauben und Gebräuche, S. 122 f.).

[71]) Nach dem Budweiser Berichte: ein grünes Bäumchen.

[72]) Nach dem Budweiser Berichte war es ein gutes Zeichen, wenn das Bäumchen bis zu dieser Zeit vollkommen verdorrt war.

sicherte nachdrücklich, daß diese Sitte heute bereits abgekommen sei, höchstens werde zuweilen noch ein einfaches Zweiglein ins Bett des Bräutigams gesteckt[73]. Weitere Auskünfte verweigerte die Alte, die durch die eindringlichen Fragen mißtrauisch geworden war. Aber das Mitgeteilte genügt.

Die Pflanze tritt offenkundig als Braut auf und zwar als erste Braut, denn schon vor dem ersten Eheaufgebote erhält sie Myrte und Schleier. Wochenlang ruht sie als Gattin im Bette des Bräutigams und schließlich wird sie — noch vor der wirklichen Eheschließung — wie das Daedalon verbrannt. Die Auskunft, die uns hier über den Zweck der Scheinehe und der Verbrennung gegeben wird, ist offenbar befriedigender als die des griechischen Märchens.

---

[73]) In Oldenburg wird ein Baum in das Bettlaken des Bräutigams gestickt: Mannhardt I, S. 46.

Literatur.

A. Besprechungen.

Sieber, Dr. J., Professor an der Universität Bern: Das Staatsbürgerrecht im internationalen Verkehr, seine Erwerbung und sein Verlust. Bern 1907. Verlag von Stämpfli & Co. I. Bd. 618 Seiten; II. Bd. 410 Seiten. Preis 24 Frs.

Das vorliegende Buch ist eine dankenswerte literarische Gabe, die von großem Fleiße und Sorgfalt und eingehenden Studien Zeugnis ablegt. Ich nehme keinen Anstand, zu sagen, daß es eine gute Weiterbildung früherer Schriften auf breiterer Basis darstellt. Als seine Vorläufer anzusehen ist einesteils W. Cahn, Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit vom 1. Juni 1870, erläutert mit Benutzung amtlicher Quellen und unter vergleichender Berücksichtigung der ausländischen Gesetzgebung (2. Aufl. 1896) und anderenteils das im Auftrage der freien und Hansestadt Hamburg (Berlin 1898) herausgegebene Buch: Die in den europäischen Staaten geltenden Gesetze über die Erwerbung und den Verlust der Staatsangehörigkeit unter Ausschluß des deutschen Reichsgesetzes von 1870.

Der erste Band orientiert nach einer Einleitung in einem ersten Abschnitt über die geschichtliche Entwicklung der Materie in den einzelnen Staaten, und zwar über diejenige in der Schweiz, im Deutschen Reiche, in Frankreich, Oesterreich-Ungarn, Italien, England, Vereinigten Staaten und Spanien eingehend, mehr kursorisch aber über diejenigen in den anderen Staaten. Dabei kommt die Erwerbung des Staatsbürgerrechts auf Grund familienrechtlicher Verhältnisse, infolge Geburt auf dem Staatsgebiet und Option zur

Erörterung. Im zweiten Abschnitte wird die Naturalisation in den einzelnen Staaten behandelt, die nun im Detail wieder vorgenommen werden, und im dritten Abschnitt wird der Verlust nach derselben Rangordnung vorgeführt. Ich hatte zuerst Zweifel, ob diese Methode richtig sei; allein ich glaube doch, der Verfasser habe gut daran getan, sie zu befolgen. Die Darstellung der Fragen nach dieser Einteilungsart ist jedenfalls für die Praxis willkommen.

Der zweite Band stellt eine Materialiensammlung dar; denn er liefert die Texte der maßgebenden Gesetze (Auszüge aus den Verfassungen und aus den Zivilgesetzbüchern, sowie aus den Spezialgesetzen und Staatsverträgen). Die neuen nordamerikanischen Gesetze von 1906 haben noch in einem Anhange Aufnahme gefunden.

Zürich. Prof. Meili.

Meyers großes Konversationslexikon. 6. Aufl. Bd. XIII bis XVIII. (Leipzig u. Wien, Bibliogr. Institut.) 1906 und 1907.

Die in Bd. XVII S. 479 ff. und XIX S. 478 dieser Zeitschrift bezüglich der ersten 12 Bände dieses großen Konversationslexikons gemachten Bemerkungen gelten auch für die neuerdings vorliegenden sechs Bände (XIII—XVIII), die auf etwa sechstausend Seiten die Artikel Lyrik bis Sternbedeckung behandeln. Wieder ist neben der vortrefflichen Ausstattung die Korrektheit und Klarheit der dem Zwecke des Werks entsprechend knapp gehaltenen Darstellung zu loben; wir heben insbesondere die juristischen Artikel Mutterrecht, Namensrecht, Patentrecht, Savigny, Schwabenspiegel, Reichsgesetze und Rechtswissenschaft hervor. Im letztgenannten Artikel ist auch „die jüngste der juristischen Disziplinen, die vergleichende Rechtswissenschaft“ in ihren Zielen und unter Hervorhebung ihrer bedeutendsten Vertreter angemessen gewürdigt; immerhin hätte auch die französische und englische Gesellschaft für vergleichende Rechtswissenschaft Erwähnung verdient.

Bei allem reich verdienten Lob bleibt aber auch bezüglich dieser Bände noch manches auszusetzen. Wieder vermissen wir die Namen mancher Völkerstämme, die sich in Posts Werken erwähnt finden; so vermissen wir, um nur von Afrika zu sprechen, Artikel über Magadoro, Mahas, Makolo, Manganj, Marea, Marghi, Maruns, Mayambe, Mbicho, Mbondems, Mbonsha, Merine, Mkabba, Mucasseguerra, Mundis, Muknando, Mukuinen, Mundambe, Mussu-

rongho, Naango, Nalus, Njillem, Nati, Obbo, Oulad-Naird, Pagamojo, Pakao, Pakesi, Palaballa, Pateschira, Purada, Sambatikila, Sarae, Sherbro, Sheygyes und Somraï; aber auch bezüglich anderer Erdteile bestehen Lücken; wir nennen von Asiaten nur die Redjang und Sonars.

Ebenso müssen wir den Wunsch nach einer größeren Berücksichtigung außerdeutschen Rechts wiederholen, so für die Artikel Nießbrauch, Pacht, Rechtswissenschaft, Spedition u. a. m.

Besonders zu kurz gekommen ist wieder das schweizerische Recht; Rechtsöffnung und Rechtsvorschlag suchen wir vergebens, selbst der historisch und rechtshistorisch bedeutsame Ort Naters (im Wallis) fehlt; auch hätten in dem sonst höchst vortrefflichen Artikel über die neueste Zeit der Schweizer Geschichte (XVIII, S. 198) die Entwürfe des eidgenössischen Straf- resp. Zivilgesetzbuchs und die Namen ihrer Redaktoren (Stooß und Eugen Huber) nicht fehlen sollen.

Die Literatur ist im allgemeinen in reicher und guter Auswahl gegeben; selbst die neueste Schrift über den Postscheck ist genannt.

Anderseits vermissen wir bei einzelnen Artikeln jeden Literaturnachweis; so z. B. bei Morgengabe, Rechtsverweigerung und bei dem Recht zur Sache.

Unter den Biographien sollten neben dem Buchhändler Antoine Augustin Renouard der Jurist Augustin Charles Renouard, neben dem General und neben dem Astronom Savary die beiden um die Handelswissenschaften so sehr verdienten Jacques Savary doch nicht fehlen, und ebenso hätte der bedeutendste Darsteller des waadtländischen Rechts des 16. Jahrhunderts, der berühmte Pierre Quisard, einen Artikel verdient.

Mögen die letzten Bände, deren Erscheinen nahe bevorsteht, bei Wahrung aller Vorzüge der früheren Bände den außerdeutschen Rechten mehr Berücksichtigung zu teil werden lassen und auch über die exotischen Volksstämme einen lückenloseren Aufschluß gewähren.

Die Post'schen Werke und insbesondere das Bd. XX dieser Zeitschrift erschienene ausführliche Generalregister dürften genugsam als Wegweiser dienen.

Zürich, 21. Februar 1908.

Georg Cohn.

B. Kurze Anzeigen

von **Josef Kohler.**

1. Rechtsphilosophie und Rechtspolitik.

Fulci, Francesco Paolo, La filosofia scientifica del diritto. Messina 1906.

Dieses Werk, über das ich mich ausführlicher im Archiv für Rechtsphil. I, S. 337 verbreitet habe, ist eine vorzügliche Studie aus der Geschichte der philosophischen Entwicklung von der Zeit der Scholastik bis in das moderne Denken hinein; sie geht von den italienischen Denkern aus auf die Engländer über, von denen namentlich Bacon von Verulam und Hobbes ausführlich besprochen werden. Hat der erstere als Förderer der Induktionswissenschaft namentlich die Naturwissenschaften neu befruchtet, so ist der letztere durch tieferes Studium der menschlichen Seele mit zum Ausgangspunkt derjenigen Philosophie geworden, welche durch Erforschung des Innenlebens die Erscheinungen der menschlichen Geschichte zu erklären versucht. In allen diesen Beziehungen bietet der Verfasser ganz außergewöhnlich Tüchtiges.

Berolzheimer, Dr. Fritz, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie. München 1906—1907. C. H. Beck.

Der vierte Band des Systems verfolgt Eigentum, Vertragsrecht, Familie und Ehe, Handel, Wechsel, Kartellierungen von den ältesten Zeiten bis in die Gegenwart hinein und auch dieser Band zeichnet sich durch klare Beherrschung eines großartigen Materials aus.

Der fünfte Band Strafrechtsphilosophie und Strafrechtsreform bringt das große Werk zum Abschluß. Kraft der glücklichen Verbindung philosophischer Spekulation mit juristischer Zusammenfassung nimmt das Werk eine einzigartige Stellung in der Literatur ein.

Pollak, Ueber die philosophische Grundlage der wissenschaftlichen Forschung. Berlin 1907. Dümmler Verlag.

Der Gedanke, daß wir durchaus nicht beanspruchen können, in der Wissenschaft sofort die Wahrheit zu erfassen, sondern nur

durch eine Reihe neuer Perspektiven und Einblicke dahin gelangen können, ihr uns stets zu nähern, beherrscht die Darstellung des Verfassers, welcher mit Recht hervorhebt, daß eben gerade die Perspektive der juristischen Behandlung es mit sich bringt, daß eine Reihe von Beziehungen, die in anderen Wissenschaften Analogien finden, in der Rechtswissenschaft nach ihrer Art aufgefaßt und verstanden werden müssen.

Der Verfasser gibt eine Reihe kräftiger Schlaglichter, so z. B. was das Problem der juristischen Personen betrifft.

Lehmen, S. J., Lehrbuch der Philosophie auf aristotelisch-scholastischer Grundlage. IV. Freiburg 1906. Herdersche Verlagshandlung.

Der Eindurck dieser Jesuitenwerke ist im allgemeinen kein günstiger. Mit Staunen sieht man, wie sehr die großen Schöpfungen der Dominikaner, namentlich des Thomas von Aquin, verwässert und in ihrem Ideengehalte verdünnt sind: die seichte Periode des Naturrechts hat auch hier zersetzend und ernüchternd eingewirkt. Das Naturrecht ist nicht mehr das große des Thomas von Aquin, sondern das gewöhnliche Naturrecht der Nachfolger des Hugo Groot, mit einigen religiösen Anspielungen versehen und gewissen kirchlichen Zusätzen verbrämt. Zwar wird dem Satze vom Zweck des Rechts als der Herstellung und Erhaltung der gesellschaftlichen Ordnung, so wie sie sich für vernünftige Wesen mit Rücksicht auf ihr letztes Ziel geziemt, im ganzen zuzustimmen sein, sofern man nur dieses letzte Ziel richtig auffaßt. Allein, da das letzte Ziel der Kulturfortschritt ist, so ist damit von selber der geschichtliche Charakter des Rechts gegeben und das Naturrecht als ein ewiges, die Menschheit beherrschendes sofort abgelehnt. Was der Verfasser in dieser Beziehung S. 122 ff. sagt, ist flach und unbedeutend und hat höchstens dann einen rechten Sinn, wenn man als Gegensatz zum Naturrecht den bloßen Positivismus ansieht. Heutzutage ist aber doch die Rechtsphilosophie bereits soweit entwickelt, daß man mit derartigen Gegensätzen nicht mehr operieren kann, sondern es handelt sich nur entweder um ein allgemein gültiges, oder um ein geschichtlich bedingtes Recht, das aber auf dem jeweiligen Stande der Volksbildung den Erfordernissen der Kulturentwicklung entsprechen soll. Gegen das letztere

bringt der Verfasser nichts vor, was irgendwie von Bedeutung wäre.

Mit großem Erstaunen ist auch zu bemerken, daß das Strafrecht gegenüber der geistreichen Lehre von Thomas von Aquin außerordentlich herabgedrückt ist. Schließlich soll (S. 317) es der öffentlichen Autorität deshalb zustehen, weil es für die Erhaltung der öffentlichen Ordnung notwendig ist, also als Maßregel zum Schutze der für die öffentliche Wohlfahrt notwendigen Ordnung. Die großartigen Anforderungen der Gerechtigkeit haben doch eine viel zu wichtige Bedeutung, als daß man dem Utilitarismus des Lebensbedarfs frönen dürfte.

Ganz platt und bedeutungslos sind die Darstellungen über Völkerrecht (S. 322 f.); ich möchte die geschichtliche Einleitung der Lektüre eines jeden Kulturphilosophen negativ empfehlen. Da ist die Rede von dem alten Heidentum mit seinen nationalen Göttern und seinem nationalen Antagonismus, dem die Gerechtigkeit im internationalen Leben aus der Uebung gekommen sei. Erst das Christentum mit seiner Lehre von dem einen Gott und Schöpfer des Weltalls und mit seinen Geboten der Gerechtigkeit und Liebe brachte das Völkerrecht wieder zu Ehren. Als dann im 16. Jahrhundert die Einheit der christlichen Völker wieder zerrissen wurde, trat auch die internationale Abneigung wieder stärker hervor, u. s. w. u. s. w.

Dagegen liegt der Darstellung des Staates als einer von der menschlichen Natur geforderten Institution (unter Ablehnung der Vertragstheorie) ein moderner Gedanke zu Grunde. Die Ehe aber wird wiederum in naturrechtlicher Weise als die rechtmäßige dauernde Lebensgemeinschaft von Mann und Frau zum Zwecke der Zeugung und Erziehung von Kindern gekennzeichnet.

Zu den besten Partien gehört die Darstellung des Eigentums und dessen Begründung aus der menschlichen Natur, wonach das Eigentum zur Ausbildung und Vervollkommnung unseres Wesens notwendig ist, und ferner die Widerlegung des Kommunismus, namentlich der Marxschen Tausch- und Werttheorie. Doch diese ist schon wissenschaftlich so diskreditiert, daß man damit offene Türen einrennt.

Merkwürdig fortschrittlich ist die Darstellung des Zinsdarlehns. Während hier manche der Kanonisten immer noch sehr zurück-

haltend sind, erklärt der Verfasser in unserer Zeit unbedingt das Zinsnehmen für erlaubt mit dem vernünftigen Grunde, daß heutzutage das Geld zum produktiven Gut geworden ist, weil es nicht etwa bloß in einzelnen Fällen, sondern im allgemeinen und dauernd Vermögensvermehrungen schaffen kann. Die Zinsverbote der Kirche aus früheren Tagen werden auf die Zustände der Vergangenheit zurückgeführt, in welchen die wirtschaftliche Funktion des Geldes nicht in dieser Weise hervortrat.

Hervorzuheben ist noch, daß der Verfasser, der sich unbedingt gegen die Lüge erklärt, auf S. 161 die Mentalreservation (den rein innerlichen Vorbehalt) unter allen Umständen als verwerflich und rechtlich unwirksam darstellt. Er widerlegt damit die Behauptung, daß die Jesuiten mit dem stillschweigenden Vorbehalt als einem erlaubten Mittel operierten.

Goldschmidt, Ludwig, Kant und Häckel. Gotha 1906. F. F. Thienemann.

Daß es Häckel an jeder metaphysischen Vertiefung fehlt und ein Mann mit solchen philosophischen Kenntnissen nicht in der Lage ist, über tiefere Probleme zu urteilen, wird vom Verfasser richtig bemerkt. Wenn er dagegen das Heil vollkommen bei Kant sucht, so ist zu erwidern, daß Kant zwar eine bemerkenswerte, aber doch längst überwundene Erscheinung ist. So ist insbesondere die Annahme, daß, weil das Hyperphänomenale nicht wahrgenommen, sondern nur begrifflich erfaßt werden könne, es unserer eigentlichen Kenntnis entzogen sei, unrichtig: denn gerade die begriffliche Erfassung bietet den Hauptgegenstand unserer Erkenntnis, und das begrifflich Festzustellende ist so sehr mit Attributen und Unterscheidungsmerkmalen versehen, daß es vollständig unrichtig ist, hier ein völlig dunkles, unfaßbares Ding an sich anzunehmen.

Walter, Dr. Michael, Tolstoi nach seinen sozialökonomischen, staatstheoretischen und politischen Anschauungen. Zürich 1907.

Auch die unrichtigen Propheten müssen als Kulturerscheinung gewürdigt werden, auch die Dilettanten in der Bildungsarbeit, welche als Völkerlehrer auftreten und durch Umkrempelung der Menschheit die Tage höherer Kultur und humaner Menschlichkeit herbeiführen wollen. Zu diesen gehört Tolstoi, ein echter Russe,

einseitig mit ungezügeltem Temperament, ohne tiefere Kultureinsicht und dadurch hinreißend, daß er durch Uebertreibung der ethischen Postulate, durch vollständige Mißachtung aller praktischen Hemmnisse, durch ein rücksichtsloses Niedertreten des Aristokratischen im Menschen, durch eine geradezu inferiore Behandlung der Kunst die Massen entflammt. Wer so über Shakespeare urteilt wie Tolstoi, verdient keine positive Würdigung. Er kann nur als negative Erscheinung geschichtlich erfaßt werden, und sehr zu bedauern ist, daß der talentvolle Romanschreiber und Dichter sich in diesen Wahn der Menschenbeglückung hinein verirrt hat. Immerhin ist die Erscheinung nicht ohne Interesse, und die Darstellung seiner Lehre und seines Wirkens ist darum kulturgeschichtlich bedeutsam. Insofern können wir dem Verfasser beipflichten, als er annimmt, daß Tolstois Weltanschauung als Ganzes, namentlich wie sie in seinen dichterischen Intuitionen zum Ausdruck kommt, nicht ohne kulturelle Wirkung im Sinne der Vergeistigung und Versittlichung der menschlichen Empfindungen und Taten bleiben kann. Wir allerdings, die wir von dem Uebermenschen das Heil erwarten und die ungeheure Bedeutung, welche der Egoismus in der Kulturentwicklung hat, zu schätzen wissen, wir, die wir davon überzeugt sind, daß die Versittlichung der Menschheit allerdings wertvoll, aber durchaus nicht das Ziel der Kulturentwicklung ist, und daß ein unsittliches Volk, das große Kulturwerte schafft, in der Weltgeschichte mehr bedeutet, als ein mittelmäßiges Volk von braver Sittlichkeit, können in Tolstoi nur eine Ausgeburt moderner sozialpolitischer Verkehrtheit erblicken.

2. Rechtsvergleichung.

Usener, Hermann, Vorträge und Aufsätze. Leipzig 1907.

Die Sammlung von Vorträgen und Abhandlungen Useners wird auch den vergleichenden Rechtsforscher interessieren. Nicht nur die Abhandlung über die Jünglingsverbände, die einen weiten ethnologischen Blick verrät, sondern auch die schönen Reflexionen über Mythologie erregen unser Interesse. Auch die Abhandlungen aus der Legendenlehre, insbesondere auch über die Kindheitsmythen Christi sind für die vergleichende Volkskunde bedeutsam; und diese greift stets auch in die Geschichte des Rechts über.

Cultura Española, Madrid, Agosto 1906, Num. III, bietet außer anderem reichhaltigen Material eine interessante Fortsetzung der Archivbibliographie in Spanien, woraus sich allerdings ergibt, daß hier sehr vieles verloren gegangen ist, wogegen hoffentlich jetzt die nötigen Vorkehrungen getroffen werden; denn das in spanischen Archiven enthaltene noch nicht benutzte geschichtliche Material muß ein ganz gewaltiges sein. Von Aufsätzen erwähne ich die Arbeit über den Lebensbaum mit legendarischen Berichten aus Südamerika.

Manczka, Dr. Josef, Altes Recht im Volksbewußtsein. Wien 1907. Manzsche k. u. k. Hofbuchhandlung.

Manczka bringt einige interessante Mitteilungen über das Fortbestehen alter Rechtsideen im Volke, beispielsweise auch über einige Hochzeitsgebräuche. So besteht im Salzburgischen noch, ebenso wie im badischen Schwarzwald, der Brauch, daß der Zug der Brautleute durch Verrammeln der Wege mit Ketten, Stricken u. s. w. aufgehalten wird, und die Passage mit Trinkgeldern erkauft werden muß.

Vollenhoven, Het adatrecht van Nederlandsch-Indië. Leiden. E. J. Brill. Lieferung I und II.

In der praktischen Anwendung des einheimischen Gewohnheitsrechts (adat) in Niederländisch-Indien bestehen manche Unsicherheiten, und die Frage, wie weit die Regierung eingreifen soll, um den Rechtszustand zu befestigen, kann nur dann geklärt werden, wenn der Adat rechtlich erkannt und seine Ausdehnung und Tragweite erfaßt ist.

Vieles ist in letzterer Beziehung geschehen, aber bei weitem nicht alles. Eine systematische Zusammenstellung des Adats fehlt, und wenn uns im Fortlaufe dieses Werkes eine solche gegeben wird, so wird die vergleichende Rechtswissenschaft darüber frohlocken können; denn das malaiische Recht trägt die interessantesten Züge eines Halbkulturrechts an sich und steht an Fülle und Mannigfaltigkeit keinem Rechte nach, und als Halbkulturrecht hat es den großen Vorzug, uns eine Menge von Ueberlebseln früherer Zustände zu bieten. Die bis jetzt vorliegende erste Lieferung gibt einen orientierenden Ueberblick und sucht den Kreis, in welchem

der Adat wirksam ist, näher darzulegen. Besonders wichtig ist hier, wie in Ostindien, die Frage, inwiefern das indisch-malaiische Recht dem Rezeptionsrechte gewichen ist; letzteres ist, da das holländisch-römische Recht wenig in Betracht kommt, vor allem Hindurecht und Islamrecht. Manche, namentlich van der Berg, nahmen eine Rezeption *in complexu* an, ganz ähnlich wie seinerzeit die Pandektenjuristen von einer Gesamtrezeption des römischen Rechts träumten. Dies wird von dem Verfasser bestritten, und jedenfalls mit Recht. Anderseits wird aber auch die Bedeutung eines solchen Rezeptionsrechts vielfach unterschätzt. Gewiß hat sich in die mohammedanische Bevölkerung eine Fülle von Familien- und Erbrecht des Islam hineingeschlichen, soweit die Berührung mit dem Islam nicht bloß eine äußerliche und oberflächliche war, und auch vom indischen Rechte ist noch manches übrig. Verfehlt wäre es allerdings, die 1 Million Hindugläubige und 30 Millionen Mohammedaner einfach nach Hindurecht oder Islamrecht zu behandeln, ebenso wie wenn man die 300 000 Christen einfach nach abendländischem Rechte beurteilen wollte.

Interessant ist die Bemerkung über die bekannte, 1707 von den Holländern bestätigte Sammlung des tamulischen Rechtes auf Ceylon (Thesawaleme = Landesgebrauch), über das ich ausführlich in meinen rechtsvergleichenden Studien S. 214 f. gehandelt habe, ohne daß man es mir in Deutschland viel gedankt hätte. Das Thesawaleme ist 1862 in englischer Uebersetzung (von Mutukisna) erschienen und der Verfasser bedauert S. 16, daß es im Reichsarchiv von Haag nicht zu finden gewesen sei! Ich selbst besitze es in meiner Bibliothek.

In der zweiten Lieferung weist der Verfasser mit Recht auf die bisherige Selbstbeschränkung der Rechtswissenschaft hin, welche nicht erkannte, daß das Recht sich in zahllosen Völkererscheinungen darstellt, welche eine gesetzmäßige Entwicklung bilden, und er erkennt auch, wie es nicht anders sein kann, die Verdienste der deutschen Schule an, welche hier die Wege gebahnt hat. Daß ihre bisherigen Leistungen manche Schwächen aufweisen, ist richtig, aber immerhin werden sie übertrieben, wenn der Verfasser uns mangelnde Kritik vorwirft; namentlich was meine Polemik gegen Snouck Hurgronje betrifft, so ist er völlig im Irrtum: denn was ich ihm entgegengehalten habe, ist nicht mangelnde Kenntnis des Islam,

sondern mangelndes Verständnis der juristischen Entwicklung, in welcher Beziehung nicht er mir, sondern ich ihm Belehrung zu geben habe. Ich kann in dieser Beziehung auf die vortrefflichen Entwicklungen von Lambert, Fonction du droit verweisen. Wenn uns ferner unbefugte Generalisierung vorgeworfen wird, oder wenn man geltend macht, daß wir das Schulrecht als ein lebendes Recht behandeln, so trifft alles das mich nicht: denn wenn das Schulrecht auch kein Lebensrecht ist, so hat es doch seinen außerordentlichen Einfluß auf das Leben, und sein Studium ist von großer Bedeutung. Wenn ich daher das Schulrecht des Islam dargestellt habe, so habe ich dabei recht gehandelt und der Belehrung Sn. Hurgronjes nicht bedurft.

Schätzenswert ist die Aufzählung der vorhandenen Rechtsquellen: teils ungeschriebenes Gewohnheitsrecht, teils Gewohnheitsrecht mit Aufzeichnungen undang undang, und neben dem einheimischen Rechte die vielen fremden Rechte, chinesisches, indisches und Islamrecht.

Darauf geht der Verfasser über auf die Darstellung des Adatrechts und bemerkt, daß namentlich in 19 Gebieten Durchforschungen in der Art stattgefunden haben, daß eine fruchtbare Entwicklung möglich ist, nämlich in Atjèh Gajo, Menangkabau, Südsumatra, Ostsumatra, Bangka und Belitung, Niederländisch-Borneo, Minahasa, Gorontal, Südcelebes, Toradja, Ternatea, Ambon, Niederländisch-Neu-Guinea, Niederländisch-Timor, Bali, Mittel- und Südjava, den Fürstenlanden und Westjava. Er geht dann über auf die sozialen Gruppenbildungen und schildert, wie bei den einen Stämmen die geschlechterhafte, bei den anderen die territoriale Verfassung sich herausgebildet hat, und dies alles in verschiedenen Kombinationen und Abstufungsformen. Eine Form ist besonders bedeutsam in Südcelebes, die des Gaukang: hier gruppieren sich mehrere Dorfschaften um ein Heiligtum Gaukang, und der Verwahrer des Heiligtums ist der Herrscher — was einen lebhaften Einblick in die Geschichte der territorialen Verfassung gewährt; denn sicherlich ist hier das religiöse Element von Bedeutung gewesen: an Stelle des Geschlechtertotems tritt der Ortstotem, das ist eben der Gaukang, und um diesen gliedert sich das Volk. Aehnliches läßt sich bei den Hereros und sonst nachweisen.

Hildebrand, Richard. Recht und Sitte. Jena 1907. Gustav Fischer.

Die allgemeinen Ausführungen des Buches sind großenteils unzutreffend, jedenfalls sofern sie darzustellen versuchen, daß die menschlichen Familienverhältnisse mit den wirtschaftlichen Zuständen Hand in Hand gehen. Die Annahme, daß Völker, welche in ihrer wirtschaftlichen und geistigen Kultur niedrig stehen, uns auch die ursprünglichsten Familienzustände und die frühesten Organisationsformen darstellen, ist völlig verfehlt: gerade solche Völker haben oft eine große Reihe von Entwicklungen familienrechtlicher Natur hinter sich, da eben derartige wirtschaftliche Armseligkeiten es unmöglich machen, frühere Familienzustände, wie z. B. die Gruppenehe, aufrecht zu erhalten. Außerdem fehlt es dem Verfasser an der methodischen Benutzung des Materials; so sind namentlich bei den Australnegern die neuesten wichtigsten Werke nicht berücksichtigt. Ueber die Hypothesen des Verfassers bezüglich des Grundeigentums der Germanen ist anderwärts zu sprechen.

Anthropophyteia. Jahrbücher für folkloristische Erhebung und Forschung zur Entwicklungsgeschichte der geschlechtlichen Moral. Herausgegeben von Friedrich S. Kraus. Bd. III.

Die Zeitschrift, welche aus verständlichen Gründen nur diskret verbreitet wird, befaßt sich mit der folkloristischen Erotik und sucht das reiche Gebiet der Volksäußerung auf diesem Gebiete zu sammeln und der Wissenschaft darzulegen. Wer eine Ahnung hat von der ungeheuren Bedeutung, die das Gebiet der sinnlichen Liebe im Leben der Völker einnimmt und von der Naivität, mit welcher bei den nicht von der höheren Bildung Erfaßten diese Lebensäußerungen hervorsprudeln, wird ermessen können, wie wichtig der Inhalt der Zeitschrift ist und wie bedeutsam der Zweck, den sie sich vorsetzt, indem sie auch derartige Gebiete des Völkergeistes ins Bereich der Forschung zieht. Bisher waren Auskünfte darüber nur spärlich zu erlangen, was teils mit der Prüderie zusammenhängt, die sich bis auf das Wissenschaftliche erstreckt, teils mit der Furcht, daß derartige Berichte in falsche Hände kämen oder gar die Verfolgung auf sich zögen, teils damit, daß die ganze Volkskunde bis jetzt noch im argen lag und man derartige große oder kleine Cochonnerien nicht für würdig hielt, durch den Druck fest-

gehalten zu werden. Und doch führen uns solche Mitteilungen nicht nur unmittelbar in die Volksseele hinein, sondern sie umgeben sich mit einem guten Teil Volkspoesie und namentlich mit einem ungeheuren Humor, mit dem das Volk gerade diese Dinge umkleidet; es ist darum auch schätzenswert, daß gerade nach dieser Richtung hin das Material reichlich gesammelt wird. Auch insofern bietet die Kunde uns Belehrung, daß die Nationen hier wie sonst verschieden sind und sich gerade in dieser Beziehung sehr mannigfaltig gebärden. Anderseits tritt auch hier die Tatsache hervor, wie verschieden das Volk auf der Außen- und Innenseite ist, und wie wenig man ein Land und ein Volk kennt, wenn man bloß die Geistesäußerungen seiner höheren Schichten ins Auge faßt.

Der III. Band bietet ein sehr reiches Material nach allen Richtungen hin. Ich verweise auf die Nachweise von Kraus über die Beiwohnung als Kultushandlung, die mit sehr vielen Tatsachen des Völkerlebens zusammenstimmt, an die weiteren Berichte über die sodomitischen Vorgänge, welche in der ursprünglichen Zeit durchaus nicht als solche horrende Abirrungen galten, wie heute, sondern dem totemistischen Gefühl entsprangen, das den Unterschied zwischen Menschen und Tier verschwinden ließ. Von den mitgeteilten Volkserzählungen sind hauptsächlich die elsässischen von hervorragender Volkstümlichkeit und mitunter von einem Humor, der an den Decamerone erinnern würde, wenn er nicht vor ihm die Natürlichkeit und Derbheit des alemannischen Volkes voraus hätte. Ich erinnere mich aus meiner Jugend, daß im Badischen auch manche recht spaßhaften Dinge derart erzählt wurden, nur wurden sie uns Kindern natürlich stets vorenthalten. Die Wiedergabe, namentlich im Dialekt, ist im vollendeten Volkston. Andere Dinge, wie die Bräuche und Vorstellungen bei der Geburt, die eigentlich etwas über das Gebiet der Zeitschrift hinausgehen, sind ebenfalls im höchsten Grade bezeichnend. Und wenn der Gedanke hervortritt, daß das Kind mit Leib und Seele so unendlich gefährdet sei und durch tausenderlei von Bräuchen gehütet werden müsse, so erkennt man sofort die tiefere Bedeutung, welche allen diesen Vorstellungen zu Grunde liegt. Das Kind wird beeinflußt durch Leib und Seele der Mutter, es wird beeinflußt durch den Vater, es wird beeinflußt durch tausenderlei Dinge, welche die Wohnräume umgeben. Namentlich aber sind es die vielen bösen Geister, welche dem Kinde nach dem Leben oder

wenigstens nach dem Seelenheil streben. Daher darf z. B. im Salzburgischen eine schwangere Frau nicht unter einer Wagendeichsel hindurchkriechen, weil sonst ihr Kind in die Hände des Scharfrichters falle; am Tauftage müssen die Paten frische Hemden umgewendet anziehen, damit keine Hexe dem Kinde beikomme, und sie müssen bei der Taufmahlzeit von allen Speisen essen, weil sonst das Kind vor den zurückgebliebenen Speisen Abscheu bekäme u. s. w. Selbst die skatologischen Inschriften sind vertreten; eine von ihnen aus einer Handschrift des Steiermärkischen Landesarchivs, die dort im Jahre 1850 hergestellt wurde, muß sehr verbreitet sein, denn auch bei uns in Baden war sie überall auf den Retiraden zu lesen: „Hier ist das Oberhofgericht, einen Advokaten braucht man nicht ...“ etc. Auch aus den peruanischen Grabfunden sind eine Reihe phallischer Dinge besprochen worden.

Das Ganze beweist, wofür auch schon der Name des Herausgebers und seiner Mitarbeiter bürgt, daß es sich um eine tiefernstliche Unternehmung von höchst wissenschaftlichem Geiste handelt, welche das Völkerleben von einer neuen Seite zeigt.

Sachau, Eduard, Syrische Rechtsbücher. Berlin 1907. Georg Reimer.

Die ungeheure Bedeutung des syrisch-römischen Rechtsbuches, dessen Anfänge wohl schon aus der vorkonstantinischen Zeit datieren, und das sich mit der Verbreitung des Christentums als summarische Regelung der Lebensverhältnisse nach christlicher Anschauung im Orient zur allgemeinen Geltung gebracht hat, rechtfertigt es, daß wir den verschiedensten Fassungen nachgehen, und so ist es von Bedeutung, daß drei gegenwärtig in Rom befindliche syrische Versionen von Sachau herausgegeben und übersetzt werden, unter Verweisung auf seine bisherige Ausgabe.

Wenger, Stellvertretung im Rechte der Papyri. Teubner, Leipzig.

Während sich das römische Recht bis in die späteren Zeiten gegen die Stellvertretung sträubte, findet sich diese schon aus ältester Zeit im babylonischen und findet sie sich vor allem im griechischen Recht, sowohl was die bürgerlichen als auch was die Prozeßhandlungen betrifft, weshalb in den Ländern des griechischen Rechts, auch in Aegypten, die Stellvertretung ganz anstandslos geübt wurde. Die Römer hatten keinen Grund, in der Provinzverwaltung dem

zu widerstreben, denn sie hatten den vernünftigen Gedanken, das dortige Recht sich so gestalten zu lassen, wie es das Bedürfnis der Provinzen zu erheischen schien. Die Entwicklung des stellvertretenden Instituts in den Papyri hat der Verfasser untersucht und nicht nur sein Dasein bewiesen, sondern auch sehr wichtige Details an die Oberfläche gerückt.

Wenger, Dr. Leopold, Die Stellung des öffentlichen römischen Rechts im Universitätsunterrichte, Wien 1907, Manzsche Hofbuchhandlung,

handelt namentlich von dem griechischen Einfluß auf Rom und geht in einen Panegyikus auf Mommsen auf.

Mitteis, Ludwig, Griechische Urkunden der Papyrussammlung zu Leipzig. Leipzig 1906. B. G. Teubner.

Wer die uns in ungeahnter Fülle ersprießende Papyrusliteratur, wovon auch dieses Werk einen Beitrag bildet, verfolgt, ist sofort erstaunt über die Aehnlichkeit der ganzen Urkundenfassung mit der babylonischen. Wie in Babylon so auch hier die Bankanweisung, die in Babylon zu völligen Giroanweisungen geworden ist, sodann die Kaufverträge mit den Gewährleistungsklauseln, mit der Klausel, nicht anzufechten, und mit der Strafe für diesen Fall, ferner die Hypothekenbestellung, die Antichrese, auch das griechische Testament, alles deutet auf innere Zusammenhänge mit der orientalischen Kultur hin, die schon viele Jahrhunderte vor Christus datiert. So gewinnen wir einen Einblick in die Bedeutung des tausendjährigen babylonischen Rechts, welche Staunen erregt und welche zeigt, wie bescheiden das Abendland sein muß gegenüber den Gaben des Ostens.

Maurer, Konrad, Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte. Leipzig 1907. A. Deichert.

Der erste Band dieses hervorragenden Werkes, das uns, die wir Maurer nicht gehört haben, zuerst in zusammenhängender Weise eine reiche und gediegene Darstellung altnordischer Rechtsgeschichte bietet, enthält altnorwegisches Staatsrecht und Gerichtswesen. Ich verweise einmal völkerrechtlich auf das Verhältnis von Norwegen zu seinen sogenannten Schatz- oder Nebenländern, so den Orkney-

inseln, Faröer und namentlich Island, das zuerst, nachdem es im 9. Jahrhundert von den Germanen besiedelt wurde, nach Unterwerfung der Kelten sich als Freistaat kundgab, bis es im Jahre 1264 der norwegischen Krone unterworfen wurde. Auch Grönland war zuerst Freistaat und wurde im Jahre 1261 mit Skandinavien verbunden. Ich verweise ferner auf die Darstellung des Königtums S. 222 f. Früher gab es nur Lokalkönige, bis König Harald Harfagri das Reichskönigtum begründete, welches allerdings in seinen Befugnissen noch bescheiden war, denn sowohl die Rechtsprechung als auch die Gesetzgebung stand noch den unabhängigen Gerichten und dem Volke zu. Das wurde anders seit Magnus Lagabötir, der zuerst eine Kodifikation einführte, worauf dann die Könige überhaupt die Weiterbildung des Rechts übernahmen. Sodann sind besonders interessant die Ausführungen über Schuldknechtschaft S. 100 f.: der Schuldknecht war nicht wirklicher Sklave, sondern Pfandling, konnte aber, wenn nicht eingelöst, verkauft oder auch getötet werden. Sodann ist das Problem der Friedlosigkeit bedeutsam, welche nicht nur durch Urteilsspruch, sondern auch durch Vertrag oder auch durch Verbrechen von selber eintreten konnte. Der Friedlose hieß in Norwegen Utlagr, in Island Skoggangr. Er war nicht nur ohne Rechtsschutz, sondern seine Tötung wurde als Wohltat empfunden und mit Geld und anderen Vorteilen belohnt.

Das norwegische Gericht ist zunächst Volksgericht, Lögthing: hierbei wurde aber schon frühzeitig ein besonderer Gerichtsausschuß, Lögretta, gebildet, welcher das Urteil vorzuschlagen hatte; die Zustimmung gab das Volk durch Waffenschlag, vapnatak. Daneben bestand das Institut des Lögmann, Gesetzessprechers, das sich jedenfalls schon im 12. Jahrhundert nachweisen läßt. Der Gesetzessprecher war ursprünglich nur eine Rechtsautorität, wurde aber dann später selbst Richter und zwar neben Heraðsting.

Die liquide Schuldbetreibung, wenn die Schuld nämlich vor Zeugen eingegangen war, erfolgte dadurch, daß mit Hilfe der Zeugen eine Aufforderung, krafa, an den Schuldner erging, der, wenn er jetzt nicht zahlte, ein bußwürdiges Delikt beging und auf das Doppelte verurteilt und vollstreckt wurde. Bei illiquiden Ansprüchen konnte nur eine quaða ergehen, wonach er entweder seine Schuld anzuerkennen oder zu erklären hatte, daß er sich dem Gerichte unterwerfe. Es war das also eine unserem bedingten Zahlungs-

befehle ähnliche Gestaltung. Die Ueberführung geschah durch Zeugen, und wenn keine Zeugen vorhanden waren, so hatte der Schuldner den Reinigungseid zu leisten mit oder ohne Eideshelfer. Von Gottesurteilen finden wir die Feuerprobe, den Kesselfang im Gebrauch bis in das 13. Jahrhundert, sodann den feierlichen Eid mit Unter-den-Rasen-gehen, endlich den gerichtlichen Zweikampf, der aber in Norwegen bereits im Jahre 1014 abgeschafft wurde. Auch über die Spurfolge oder Heimsuchung wird gehandelt.

Beauchet, Histoire de la propriété foncière en Suède. Paris 1904. L. Larose.

Die Geschichte des Grundeigentums tritt immer deutlicher hervor, und die neueren Forschungen bestätigen alle vollkommen die Grundzüge, die ich seinerzeit darüber aufgestellt habe, so vor allem nun auch die Geschichte des Grundeigentums der skandinavischen Rechte. Ursprünglich herrscht die Feldgraswirtschaft und zwar ist es nicht mehr die Hundertschaft (hundari und haerad), welche die Gesamtheit bilden, denn diese waren zu umfangreich, sondern die Gemeinde, der by. Es wurde Land um Land niedergebrannt, urbar gemacht, bebaut, dann aber verlassen und so ging es im Turnus weiter, bis dann später feste Sitze eingehalten wurden und sich durch regelmäßigen Wechsel von Feldbau und Brache die Möglichkeit dauernder Kultur entwickelte. Privateigentum waren Haus und Garten, der topt.

Die ursprüngliche Gesamtkultur ging dann über in eine Familienkultur, indem die Grundstücke zugewiesen und von Zeit zu Zeit neu verteilt wurden. Das war das hamarskipt, wohl daher rührend, daß Thors Hammer als Zeichen der Trennung diente, bis dann die Abteilung eine endgültige wurde, was in Verbindung stand mit dem Anlegen der Dorfschaften. Die Verteilung fand dann in der Art statt, daß jedem in der verschiedensten Lage ein Teil zugewiesen wurde, das solskipt, in Norwegen adalskipt, was allerdings dazu führte, daß jeder eine Reihe kleiner Abteilungen in verschiedener Feldlage hatte, bis endlich eine Ausgleichung stattfand, die große Teilung, das storskift: jeder bekam ein entsprechendes zusammenhängendes Landstück, wobei Güte des Bodens und Ausdehnung ausgeglichen wurde.

Daneben bestand das Gemeineigentum an Wald und Weide

weiter. Auch hier trat allmählich eine gewisse Regelung ein. Auch konnte ein Teil der Waldung einem einzelnen zugewiesen werden; dies wurde sofort Privateigentum, oder auch Erbpacht gegen ein afgaeld oder ein afrad.

Das Privateigentum war aber zunächst nicht Individualeigentum, sondern Familieneigentum: das Familiengut wurde, wie in Deutschland überhaupt, zunächst als Eigengut der Familie behandelt, bis später der Familienvater als Eigentümer hervortrat und die Rechte der Familiengenossen vertrat; diesen war aber die Genehmigung bei der Veräußerung vorbehalten: sie mußten vor jeder Veräußerung gefragt werden und konnten, wenn sie nicht zustimmten, das Gut aus dritter Hand entweder einfach zurückziehen oder sie hatten das Recht des Familienretraktes. Auch finden wir die Erscheinung, daß das Familiengut nur in äußerster Not veräußert werden sollte, und in Gothland kam hierbei den Familienmitgliedern noch ein Achtel des Preises zu, das afraþr. Vom Erbgut verschieden war die Errungenschaft, das köpejorþ, über welches man frei verfügen durfte; allerdings wenn dieses Erwerbgut ein- oder zweimal in Erbgang gekommen war, wurde es zu Erbgut und folgte den Grundsätzen dieses.

Nach Entwicklung des Privateigentums finden wir die merkwürdigen Arten der Veräußerung, wie anderwärts bei den indogermanischen Völkern: die Umwandlung des Grundstücks, die umfaerþ, mit neun Gewährszeugen, fastar, an deren Spitze der styrifaster stand, der noch gewisse rituelle Formen vollbringen mußte.

Ueber diese und andere für die Geschichte des Grundeigentums wesentliche Punkte, namentlich auch was das Pfandrecht, das Pachtrecht, die Servituten und endlich den Vindikationsprozeß betrifft, finden wir in dem Werke außerordentlich belehrende Auskunft. Das Buch muß umsomehr hervorgehoben werden, als der Verfasser, so sehr er bei seinem Thema bleibt, überall das vergleichende Recht insoweit durchschimmern läßt, daß man sieht, wie sich alles in die Gesamtentwicklung hineinschiebt. Er zeigt sich dabei außerordentlich geschult, wie es von einem so verdienten Schriftsteller des vergleichenden Rechts nicht anders zu erwarten ist.

Euler, Heinrich, Recht und Staat in den Romanen des Crestien von Troyes. Marburg 1906. Heinrich Bauer.

In den Romanen des Crestien von Troyes finden wir das Lehn-

verhältnis mit den beiderseitigen Lehnspflichten, das Königtum mit dem Seneschall als dem obersten Beamten, die Waffenbrüderschaft, compagnonnage, worüber zu vergleichen Zeitschr. XIV, S. 454, Pflegevaterschaft, Avunculat, sodann das Rechtsinstitut des Zweikampfes, über welches nunmehr auf die bahnbrechenden Forschungen von Coulin zu verweisen ist. Die Frauen stehen unter strengem Muntrechte; sie werden ohne ihren Willen verheiratet und sind der Züchtigungsgewalt des Mannes unterworfen. Galgen, Feuertod und Verstümmelung werden als Strafen erwähnt; das schwerste Verbrechen ist natürlich, wie überall in derartigen Treuverhältnissen, der Verrat.

Arnold Hermann, Das eheliche Güterrecht von Mühlhausen im Elsaß am Ausgange des Mittelalters. Heidelberg 1906. Karl Winter.

Dieses Güterrecht ist ein Beispiel der Fahrnisgemeinschaft und zwar in der Art, daß nach Auflösung der Ehe Drittelteilung eintrat, ähnlich wie im fränkischen Rechte. Der Verfasser bringt ein lehrreiches Urkundenmaterial.

Goerlitz, Theodor, Die Uebertragung liegenden Gutes in Breslau. Heidelberg 1906. Karl Winter.

Die Untersuchungen über die Grundstücksübertragung bieten interessante Einzelheiten, insbesondere was den Uebergang von der gerichtlichen Uebertragung zu der Uebertragung vor dem Rate betrifft.

Baup, Des rapports entre l'obligation et le droit de gage, Lausanne, Charles Page, 1906,

Vorträge über den Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches. 2. Heft von Georg Cohn: Das eheliche Güterrecht. August Egger: Grundeigentumsordnung und Grundpfandrecht. Max Huber: Die Wasserrechte. Zürich, Schultheß & Co., 1906 und

Schweizer, Schuldenhaftung im ehelichen Güterrecht des Entwurfs eines schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ebenda 1907).

Der Entwurf des nunmehr gewordenen Schweizer Zivilgesetzbuches erfreut sich einer ziemlich reichen Literatur, und sehr lobenswert ist es, daß man sich nicht etwa damit begnügt, da und

dort Verbesserungsvorschläge zu machen, sondern bereits die ungeheure Materie geistig zu beherrschen beginnt. Was beispielsweise das Grundpfandrecht betrifft, so treten in den Besprechungen die drei Arten des Grundpfandrechts bereits sehr plastisch hervor, die römische Grundpfandverschreibung (unserer Sicherheitshypothek entsprechend), die germanische Gült (unserer Grundschuld und Grundrente entsprechend) und endlich der Schuldbrief, der wie unsere Verkehrshypothek Forderung und Pfandrecht in sich enthält in der Art, daß die Forderung zur Dienerin des Pfandrechts wird, nicht umgekehrt. Davon hatte sich die Gült in den Urkantonen der Mittelschweiz erhalten, während sich der Schuldbrief in Zürich, Aargau, Solothurn, St. Gallen, Graubünden, Schaffhausen und Turgau gestaltet hatte. Wir finden darüber in den Darstellungen von Egger und von Baup belehrende Erörterungen. Im ehelichen Güterrecht hat die Schweiz das deutsche System der Güterverbindung (der Verfügungsnutznießung) übernommen, aber wesentlich verbessert durch den Grundsatz des Vorschlages, d. h. durch das Prinzip, daß der Frau ein Teil des Erwerbes zukommt (1/3), wodurch die große Unbilligkeit des deutschen Rechts gemildert wird, da hier die Frau, welche sich dem Haushalt und der Ehewaltung widmet, von dem Erwerb nichts bekommt, während diejenige, die außerhalb der Ehe ein Geschäft hat, ihren Erwerb behält — eine Behandlungsweise, so wenig dem Rechtsgefühl und den Rechtsbestrebungen entsprechend, daß es zu verwundern ist, wie ein deutsches Gesetzbuch sich dazu hat verstehen können. Weniger empfehlenswert ist der Grundsatz des Rückschlages, wonach der Ehemann für den Verlust des Frauengutes haften solle, sofern nicht die Ehefrau daran schuld ist. Darüber spricht ausführlich Georg Cohn.

Auch Schweizer behandelt das Güterrecht nach verschiedenen Seiten und hebt insbesondere auch den Unterschied gegenüber den §§ 1381 u. 1382 B.G.B. hervor: nach Schweizer Recht tritt das Ersatzrecht nur ein, wenn die Anschaffung mit der Absicht des Ersatzes gemacht wurde, so daß es nicht genügt, daß die Anschaffung mit Mitteln des Frauenguts erfolgte.

Sehr belehrend ist auch Max Hubers Darstellung des Wasserrechts. Das Recht des Konzessionärs ist m. E. ein die Oeffentlichkeit berührendes Privatrecht und bedarf der privatrechtlichen Regelung. Im übrigen will ich kurz noch bezüglich der fließenden

privaten Wässer meine Anschauung darlegen, da ich im Augenblick unter anderen Arbeiten nicht in der Lage bin, darüber eine ausführlichere Darstellung zu geben. Mein Grundgedanke ist der, daß ein Eigentum an der Wasserwelle, welche durch den Privatbach fließt, ein Unding ist: zu Eigentum wird das Wasser erst durch die Okkupation; im Eigentum kann nur Ufer und Flußbett stehen; ähnlich ist Hubers Ansicht. Auf der anderen Seite wäre es aber unrichtig anzunehmen, daß das Verhältnis des Flußeigners zu der Wasserwelle ein bloß tatsächliches wäre, denn der Eigentümer muß geschützt sein in der Benutzung derjenigen Vorteile, welche die Wasserwelle auf dem Gebiete seines Flußbettes gewährt, und es kann nicht etwa ein jeder Vordereigentümer ihm das Wasser ableiten oder solche Werke einrichten, welche die natürliche Benutzung des auf seinem Boden fließenden Wassers verhindern oder beeinträchtigen. Das Recht ist darum nicht ein Recht an Stoffen, sondern ein Recht an der Kraft und daher als ein Recht am immateriellen Gut zu fassen, dahingehend, daß die mit dem Durchfließen des Wassers verbundenen Kräfte und entsprechenden wirtschaftlichen Vorteile ihm nicht entzogen werden sollen. Daß dabei eine gewisse Gemeinsamkeit zwischen den verschiedenen Bachberechtigten eintritt und jeder eine gewisse Rücksicht auf den anderen nehmen muß, ergibt sich ebenso von selbst, wie es im Erfindungswesen gerechtfertigt ist, daß die Träger zweier von einander abhängiger Erfindungen einander gewisse Einräumungen machen müssen. Solange man das Privatrecht an Gewässern bloß als Wassereigentum behandelt, kommt man nicht zu einer gedeihlichen Gestaltung. Das Recht des Konzessionärs am öffentlichen Wasser ist aber ebenso ein immaterielles Privatrecht wie das Recht dessen, dem innerhalb des Kreises der allgemeinen industriellen Errungenschaften eine Erfindung zusteht, also ein Privatrecht, welches die Oeffentlichkeit berührt.

Otto Lang handelt über das gesetzliche Erbrecht und H. F. Hitzig über die Rechtsstellung des Erben, welche in der Schweiz ebenso wie in Deutschland zu einigen Komplikationen geführt hat; Haftungsbeschränkung wird wie bei uns erreicht durch den Rechnungsruf (unser Aufgebot) und durch die amtliche Liquidation.

Ernst Hafter bespricht die juristische Person, insbesondere auch das Vereinswesen des schweizerischen Gesetzes, wonach die

sogen. Idealvereine ohne weiteres Persönlichkeit erlangen, sobald sie den Willen, als Körperschaft bestehen zu wollen, erklärt haben.

Das lehrreiche Thema der Erbenhaftung für die Bürgschaft hat wiederum zwei Beiträge aus der Schweiz erfahren, nämlich von Hürlimann und von Gmür. Es findet sich auch hier wieder gründliches Material, insbesondere auch für die Bürgenersetzungspflicht: starb der Bürge, so war die Partei verpflichtet, einen neuen an seine Stelle zu setzen: alium substituere tenetur.

v. Lewinski, Karl, England als Erzieher? (Berlin 1907) gehört zu der zahlreichen Literatur, welche die Frage über die Umgestaltung unserer Rechtspflege nach englischem Muster hervorgerufen hat. Die Darstellung des englischen Gerichtsverfahrens ist kurz und lehrreich. Bei der Frage, was aus England Lehrreiches entnommen werden kann, haftet man vielfach an Aeußerlichkeiten und beachtet den richtigen Kern nicht; denn das, wodurch das englische Verfahren weitaus über unserem steht, sind zwei Dinge: einmal ist es nicht doktrinär, sondern schließt sich den praktischen Bedürfnissen in viel höherem Maße als das unsere an. Man denke nur an die zweckmäßige Behandlung des Versäumniswesens vor dem High Court und an die vielen Fälle, in welchen die Angelegenheiten in Chambers ohne mündliche Verhandlung erledigt werden. Bei uns hat der Götze des öffentlichen mündlichen Verfahrens, indem er als allein zulässiger Gott des Prozesses erschien, unsere Richter mit einer ungeheuren Arbeitslast von Lappalien beschwert und bewirkt, daß gerade für die Haupttätigkeit oft zu wenig Zeit übrig bleibt. Dazu kommt die ungeheure Pedanterie unseres Prozesses, wo um einer haarsträubenden Formalität willen Entscheidungen der Vereinigten Senate angerufen werden. Ein zweiter Vorzug ist, daß das richterliche Material in viel besserer Weise benützt wird als bei uns. Es ist, abgesehen von allem anderen, unökonomisch, den geistreichen Menschen zur Handwerkerarbeit zu verurteilen und die vielen Handgriffe, die der Prozeß nötig hat, statt den untergeordneten Organen dem Richter anzuhängen, der dann, überlastet, für die edelste Aufgabe der Rechtsprechung wenig Zeit und Kraft mehr übrig hat. Es ist jetzt besser geworden, aber früher galt es als Eigenheit des guten Richters, daß er auch die ärgsten Lappalien mit der größten Sorgfalt und Genauigkeit behandle, wie wenn der Registrator die

Hauptsache wäre. Dagegen finden wir in England die vorzügliche Ausscheidung der höheren Richter, die nur Urteile fällen, und des Nebenpersonales, welches das ganze Gebiet der prozeßleitenden Tätigkeit mit Anerkenntnis, Versäumnisurteil u. s. w. beherrscht und so dem Richter das Feld frei macht für seine erfolgreiche Tätigkeit.

Dies sind die Gedanken, die auch bei uns durchgeführt werden können.

Stein, Justizreform (Tübingen, Mohr).

Der Verfasser sucht die wichtigen Aufstellungen von Adickes über den englischen Prozeß und seine vorbildlichen Eigenschaften auf ihr richtiges Maß zurückzuführen und spricht eingehend von der Art der Prozeßentwicklung in England. Es ist auch richtig, daß Adickes in manchen Richtungen zu rosig gesehen, es ist auch richtig, daß die Engländer mit ihrem Prozeß vielfach selbst nicht zufrieden sind; jedenfalls ist aber so viel zutreffend, daß in der Benutzung der Menschenkräfte die Engländer uns, wie überhaupt, so auch hier bedeutend voraus sind.

Der Tagelöhnerstandpunkt, wonach der deutsche Richter das Kleinste ebenso zu erledigen habe wie das Größte und womöglich die kleinsten Tiftlichkeiten als guter Geschäftsmann korrekt und sauber besorgen müsse, hat zu einem ungeheuren Mißbrauch der Menschenkräfte geführt, denn der Richter ist nicht zum Schreiber bestimmt. Auch die ganze Art der Behandlung unseres Prozesses ist eine reine Verschwendung von Menschenkräften. Wie klug sind die Engländer, daß sie alle diejenigen Dinge, in welchen gar keine Verhandlung zu erwarten steht, nicht zur Mündlichkeit bringen, sondern vorher erledigen! und wie klug, daß sie den Richtern, deren tief-juristische Erforschung den schwierigen Rechtsfragen vorbehalten werden soll, eine Reihe Hilfskräfte zur Seite stellen, welche die Kleinarbeit des Prozesses versehen! Mit derartigen Ideen, die ich schon vor Jahren in der Praxis äußerte, hat der damalige deutsche Sinn sich nicht befreunden können und die maßgebende Behörde hatte darauf immer nur die stereotype Antwort, die Geschäftsordnung sei nicht dazu da, dem Richter die Sache bequem zu machen, der Richter müsse das Angenehme wie das Unangenehme mit gleicher Sauberkeit besorgen. Die Folgen haben sich gezeigt: der Richterstand ist nicht gediehen

wie es sein sollte, und die Gerichte sind unter der Last kleinlicher Geschäfte zusammengebrochen.

Peters, Der schottische Rechtskörper (Berlin, Vahlen).

Bis jetzt wurde in Deutschland zwar mehrfach die Entwicklung der englischen Gerichtsverfassung, dagegen kaum die der schottischen Gerichtseinrichtung zum Gegenstand des Studiums gemacht, und doch hat sie eine große Reihe von Eigentümlichkeiten, die unsere Aufmerksamkeit fesseln, und geschichtlich ist sie vielfach interessanter als das englische Gerichtsrecht. Man denke nur, wie sich die Scheriffgerichte in Schottland erhalten haben, man denke an den eigenartigen Court of Sessions und den Court of Justiciary.

Am meisten steht von der englischen Entwicklung ab und nähert sich unserem Festlandsystem die Einrichtung der Staatsanwaltschaft mit dem Lord Advocate und den Procurators Fiscal und ihren Deputes. Die ganze Art der Einrichtung zeugt von französischem Einfluß. Auch

Mannhardt, Aus dem schottischen Rechtsleben (Berlin, Curtius), behandelt verschiedene Fragen des englisch-schottischen Strafprozesses in durchaus sachlicher Weise. Man vergl. z. B. S. 49 f. über das fair trial.

Zu den rechtsvergleichenden Darstellungen des modernen Rechts, welche die Rechtsvergleichung legislativ-politisch auffassen und zu Vorschlägen über die Gesetzesreform gelangen, gehört das Werk des

Maurice Travers, De la puissance paternelle sur les enfants (Paris, L. Larose 1907).

Er verfolgt gründlich sowohl die Stellung der unehelichen Kinder in den modernen Gesetzgebungen des englischen, angloamerikanischen, des romanischen und deutschen Rechts und befaßt sich insbesondere mit der Art und Weise, wie ihre Erziehung und die Sorge für ihre Angelegenheiten richtig geordnet werden soll. Das führt den Verfasser zu eingehenden Untersuchungen über die elterliche Gewalt überhaupt, über die Vormundschaft und über die Besonderheiten, welche in allen diesen Beziehungen das Schicksal der unehelichen Kinder bedingt. Sehr anerkennenswert ist das

Bestreben, möglichst dahin zu wirken, daß diese Betätigungen im Interesse des Kindes stattfinden, und darum eine sehr eingehende staatliche Kontrolle aufzustellen, ohne daß jedoch hierdurch die Initiative des aufgestellten Vormundes beeinträchtigt wird. Die Studie ist sowohl für die Wissenschaft als auch für den Gesetzgeber von großer Bedeutung. Ein nachträglicher Zusatz befaßt sich mit den französischen Gesetzen vom 25. Juni 1907 und 2. Juli 1907, welche einige Einzelheiten, aber nichts im Grund und Wesen geändert haben: es wird hier bestimmt, daß regelrecht derjenige Elternteil die elterliche Gewalt haben soll, welcher das Kind zuerst anerkennt, und daß dem Träger der elterlichen Gewalt auch die Vermögensnutznießung zukommen solle; es wird die Zustimmung zur Eheschließung des Kindes geregelt und auch bezüglich der Vormundschaft über natürliche Kinder einiges bestimmt (das Gericht statt des Familienrates!).

3. Völkerrecht, Staats- und Verwaltungsrecht.

Mérignhac, A., Traité de droit public international. Paris 1905 und 1907, Bd. I u. II.

Eine ausführliche Darstellung des Völkerrechts, von der bis jetzt der allgemeine Teil und das Recht des Friedens erschienen sind. Die Ausführungen sind eingehend und materialreich und suchen allen schwierigen Fragen, soweit sie dem Verfasser aufgetaucht sind, gerecht zu werden. Allerdings liegt das Völkerrecht gegenwärtig noch wissenschaftlich im argen. Man ist noch nicht genug aus dem Stofflichen herausgekommen, und die geistige Verarbeitung ist erst im Werden. Nicht nur in Frankreich, auch bei uns findet man noch die Methode, daß an Stelle der systematischen Konstruktion eine ständige Detailuntersuchung tritt: nicht die Wissenschaft wird aufgebaut, sondern es werden die Einzelfragen von Fall zu Fall besprochen und erörtert. So ist z. B. der Zusammenhang zwischen dem überstaatlichen und dem staatlichen Rechte und die Lehre von der Einwirkung des überstaatlichen Rechts auf die staatlichen Rechtsverhältnisse weder genügend erfaßt, noch systematisch durchgebildet. Gerade zu diesem Zwecke, um das Völkerrecht wissenschaftlich nach den Grundsätzen des deutschen Rechts zu gestalten, ist die Zeitschrift für Völkerrecht

begründet worden. Im übrigen sehen wir dem Schlusse des lehrreichen Werkes mit Spannung entgegen.

Hitzig, Altgriechische Staatsverträge (Orell Füßli, Zürich), ist für die Kenntnis der völkerrechtlichen Beziehungen des Altertums von hervorragender Bedeutung.

Brauchbar ist ferner

Charet, J., Notions de droit maritime international. Paris 1897. Berger-Levrault & Cie.

Das kleine Werk von

Rehm, Prof. Dr. Hermann, Allgemeine Staatslehre (Leipzig, Göschen 1907),

bietet auf wenigem Raum Vorzügliches.

Grotefend, Polizei-Handbuch, 5. Aufl. von Hildebrand (Leipzig, Puttmann)

enthält eine brauchbare, übersichtliche und belehrende Zusammenstellung des gewaltigen Stoffes.

Sander, Feudalstaat und bürgerliche Verfassung (Berlin, Bath), will darlegen, wie im mittelalterlichen Staatsleben die privatrechtlichen Gedanken in die Betätigung des Staates eingewirkt haben, namentlich in der Gestalt der Lehnsverfassung, und wie auf solche Weise die öffentlich-rechtlichen Aufgaben vielfach nicht zu ihrem Gedeihen gelangen konnten, während die Städte die Zentralpunkte waren, in welchen der Gedanke des öffentlichen, dem Privatrechte abgekehrten Staatslebens sich besonders früh entwickelt hat.

Ueber die nur sehr bedingte Bedeutung des sog. Nationalitätsprinzips und seiner völkerrechtlichen Bedeutung spricht

Marcello Arduino (Torino 1907, G. B. Vassallo).

Eine förderliche, auf reichem rechtsvergleichendem Material beruhende Untersuchung auf dem Gebiete des Staatsrechts mit manchen völkerrechtlichen Ausblicken enthält

Walther, Dr. Carl, Das Staatshaupt in den Republiken. Breslau 1907. M. & H. Marcus.

Palus Pasc., Der Parlamentarismus und seine Zukunft (Berlin 1907, Hermann Walther)
sucht darzulegen, daß das Heil des Parlamentarismus in einer Erweiterung der ersten Kammer durch Zuziehung von Mitgliedern der Selbstverwaltung beruht, sowie in einem Ausbau der berufsgenossenschaftlichen Vereinigungen.

Sodann kommen in Betracht:

Segre, La tutela dei poveri. Torino 1907. G. U. Cassone.

Für die Unterstützung der Armen und Schwachen sind in der christlichen Periode des römischen Reiches Vorkehrungen getroffen worden, die durch das ganze Mittelalter hindurchgehen und bis in die neuere Zeit reichen, viel beeinflußt durch die Macht der Kirche. Dies wird in gründlicher Weise dargelegt.

Mehler, Dr. Siegfried, Die Volksversicherung in der Schweiz. Leipzig 1906. A. Deichert.

Die Bestrebungen, den Versicherungsgedanken in das gewöhnliche Volk hineinzutragen, haben dahin geführt, daß man versucht hat, staatlich das ganze Versicherungsinstitut in die Hand zu nehmen und dem Volke möglichst leichten Zutritt zu gewähren. Von den Schweizer Bestrebungen in diesem Sinne, namentlich auch von Gesetz und Verordnungen in Neuchâtel (von 1898 und 1902) spricht der Verfasser ausführlich.

Maschke, Dr. Richard, Zur Theorie und Geschichte der römischen Agrargesetze. Tübingen 1906. I. C. B. Mohr,
sucht eine neue Darstellung der vielfach besprochenen römischen Agrargesetzgebungen, namentlich der Gracchischen und Saturninischen. Bedeutungsvoll sind auch die Erörterungen über den Eid im Völkerrecht und den römischen Beamteneid.

Türkel, Dr. Siegfried, Die Reform des österreichischen Irrenrechtes (Leipzig 1907, Franz Deuticke)
endlich bietet interessantes Material über die österreichischen Bestrebungen des so sehr verbesserungsbedürftigen Irrenwesens, insbesondere über die Differenzierung der Anstalten, der offenen und geschlossenen, über Aufnahme, Pflege u. s. w.

4. Kirchenrecht.

Eine große Reihe kirchenrechtlicher Abhandlungen erscheinen unter der Leitung unseres verehrten Kollegen Stutz: sie handeln über die verschiedenen geschichtlichen, rechtsvergleichenden und dogmatischen Fragen des Kirchenrechts. Dem Zwecke der Zeitschrift nach können wir die meisten Abhandlungen nur kurz bezeichnen; ihre große Bedeutung und ihr schätzenswerter Inhalt ist ja an sich außer Zweifel. Ich hebe hervor die Abhandlung von Franz X. Barth über Hildebert von Lavardin (1056—1133) und das kirchliche Stellenbesetzungsrecht, welche uns in eine der bedeutsamsten Perioden der Kirchenrechtsgeschichte führt, als nach einem tiefen Verfall und einer ungeheuerlichen Unterdrückung sich die Kirche durch die Riesenkraft Gregor VII. als reines Heilsinstitut und doch wieder auch als eine ungeheure politische Macht erhob. Es war das die Zeit des Investiturstreites, die Zeit, in der ein Ivo von Chartres lebte. Zu den eifrigen Politikern und Schriftstellern jener Zeit gehörte eben Hildebert von Lavardin, der im Jahre 1096 Bischof von Le Mans und 1125 Erzbischof von Tours wurde. Bei ihm findet sich (wie übrigens auch bei Johann von Salisbury) die Lehre der zwei Schwerter in besonderer Form und Ausprägung und auch in anderer Beziehung bieten seine Schriften kirchenrechtliches Interesse.

J. U. Godehard Jos. Ebers behandelt das Devolutionsrecht, vornehmlich nach katholischem Kirchenrecht, d. h. das Recht der Verleihung durch eine übergeordnete Behörde, sobald die regelmäßige Verleihungsbehörde unter schuldhafter Verletzung der kanonischen Vorschriften verfuhr.

P. Ildefons Herwegen, Das Paktum des hl. Fruktuosus von Braga, zeigt uns den Einfluß des germanischen Rechts auf das Ordensleben. Die zu einem Orden unter einem Abte sich vereinigenden Mönche leisteten ihm Ergebenheit und schworen ihm Treue, ganz ähnlich, wie man es beim Fahneneide tat, oder ähnlich, wie die Goten ihren Untertaneneid dem König leisteten. Interessant sind auch noch die Strafen, denen sich die Mönche für den Fall der Zuwiderhandlung selbst unterwerfen; daß der Uebeltäter entgürtet und entschuht in dunkler Zelle bei Wasser und Brot leben solle; und wenn auch das nichts nützt, soll er, ausgestreckt,

auf nackten Körper 72 Geißelhiebe bekommen. Das Paktum des hl. Fruktuosus, welches vorbildlich war, wird in der Schrift wiedergegeben.

K. Heinrich Schäfer, Die Kanonissenstifter im deutschen Mittelalter. Die Gründung der für das soziale Leben so äußerst bedeutsamen Kanonissenstifter fällt zunächst in die Zeit vom 6. bis 9. Jahrhundert; sodann kommt die Periode der westfälischen Gründungen vom 9. Jahrhundert an und der sächsischen vom 9. bis 11. Ueber das Leben der Kanonissen und ihre Rechtsverhältnisse wird ausdrücklich gehandelt, insbesondere auch über die Vermögensverwaltung. Die Stifter hatten großen Grundbesitz und an ihrer Spitze einen Meier oder Villicus und für die Rechtspflege einen Schultheißen, der mit Schöffen das Hochgericht bildete. Der Verfall der Stifter erfolgte insbesondere durch das Vordringen des aszetischen Mönchtums seit Gregor VII.

Von allgemeinem wie lokalgeschichtlichem Interesse ist die Schrift von Gerhard Kallen, Die oberschwäbischen Pfründen des Bistums Konstanz und ihre Besetzung, ferner die Darstellung von Nico Cotlarciuc über das Stifterrecht im Fürstentum Moldau und in der Bukowina. Dem bürgerlichen Rechte näher steht die Schrift von Hans Heimberger über die konfessionell beschränkte weltliche Stiftung und ihre Verwaltung im Großherzogtum Baden. Baden hat durch sein Stiftungsgesetz im Jahre 1870 zum Ausdruck gebracht, daß die Stiftungen nicht bürgerlich-, sondern öffentlichrechtliche Institute seien, und die Entscheidungen über die Fragen des Stiftungsrechts dem verwaltungsrechtlichen Austrag überantwortet. Es hat insbesondere auch den Grundsatz verfochten, daß die Humanitätsstiftungen, selbst wenn sie seinerzeit von der Kirche begründet und verwaltet wurden, doch keine kirchlichen, sondern weltliche Institute seien, wie das auch in den Reichspolizeiordnungen 1530 und 1577 und auch in Baden durch das Organisationsedikt 1803 und das erste Konstitutionsedikt vom Jahre 1807 angenommen wurde. Im Gegensatz dazu steht die Stiftung mit konfessioneller Beschränkung, für deren Verwaltung besondere Einrichtungen geschaffen sind.

Karl Kormann spricht von den kirchenrechtlichen Veräußerungsbeschränkungen beim katholischen Kirchengut und führt

aus, daß diese, als dem öffentlichen Leben angehörend, noch heutzutage fortbestehen; er entwickelt sodann zutreffend den Unterschied zwischen der Beschränkung der Verkehrsfähigkeit der Sache und der Beschränkung der Verfügungsfähigkeit des Trägers der Sache. Die eine ist sachlich, die andere persönlich. Endlich:

Baumgartner, Dr. Eugen, Geschichte und Recht des Archidiakonates der oberrheinischen Bistümer mit Einschluß von Mainz und Würzburg.

Das Archidiakonat ist eine der vielen Bildungen des mittelalterlichen Kirchenlebens, welche (wie ähnliche Bildungen im Staatswesen) eine Zerbröckelung und Vereinzelung der leitenden Gewalten herbeiführte. Gegen sie wendet sich später die zentralisierende Reaktion, insbesondere seit dem Tridentiner Konzil, welches dahin strebte, die bischöfliche Gewalt zu stärken, so daß die Einrichtung späterhin verblaßte oder ganz verschwand. Ihre Geschichte ist sehr reizvoll und für das Verständnis des Mittelalters notwendig.

5. Strafrecht und Strafprozeß.

Veröffentlichungen des Akademisch-juristischen Vereins. Heft 1. Heidelberg 1906. Liszt, Birkmeyer, Kräpelin, Lipps. (Vergeltungsstrafe, Rechtsstrafe, Schutzstrafe).

Einige Vorträge sollen zur Klärung der Frage beitragen, doch erfährt man aus dem hier Gebotenen wenig Neues, wenn auch die Hervorhebung der Gegensätze selber berechtigt ist. Denn es gibt nichts Unrichtigeres, als die klaffende Kluft zwischen der sogenannten klassischen und der modernen Strafrechtsschule in irgend einer Weise verkleistern zu wollen. Am schwächsten ist der Vortrag von Kräpelin, welcher nur die bekannten Gemeinplätze der Mediziner bringt, von der Verneinung der Willensfreiheit, von dem Verbrecher als dem unschuldigen Erzeugnis der menschlichen Zustände, und so der „Schutzstrafe" zusteuert, was natürlich nichts anderes ist als die alte relative Strafrechtstheorie, die schon vor hundert Jahren bis zum Ueberdruß breitgetreten worden ist. Wenn es schließlich heißt, daß die Strafe im heutigen Sinne mit dem Augenblick aufhöre, in dem sie zur reinen Schutzmaßregel wird, und daß dies die größte Errungenschaft der neuen Anschauung

sei, so ist hiermit natürlich zugleich auch die Auflösung des Strafrechts verkündet. Dahin zielt auch diese ganze Richtung; dann gebe man das Strafrecht überhaupt auf. Hingegen berühren wohltuend die feinen Ausführungen von Lipps von der Strafe als Rechtsstrafe, die allerdings schließlich einfach zur Hegelschen Lehre von der doppelten Negation führen. Mit Recht deutet er an, daß die Theorie der Sühne, in höherem Sinne aufgefaßt, zu dem gleichen Ergebnisse führen muß; allein hierbei ist zu merken, daß die richtige Theorie der Sühne den Hegelschen Gedanken in einem viel höheren und bedeutungsvolleren Sinne enthält und daß, wenn man überhaupt von der Sühnetheorie spricht, man sie in ihrer letzten Entwicklung in Betracht ziehen muß, die sie in meinem „Wesen der Strafe“ gefunden hat: hier habe ich die Sühne überhaupt nicht so verstanden, als ob es sich um eine subjektive Versöhnung oder um eine Zerstörung des bösen Willens im Verbrecher handele, sondern in der Art, daß damit die gesellschaftliche Unstimmigkeit, welche in der Tat liegt, vergütigt werden soll: die Sühne ist keine individuelle, sondern eine gesellschaftliche Sühne; sie ist berechtigt, solange überhaupt eine menschliche Gesellschaft berechtigt ist.

Pfeiffer, Hugo, Beiträge zur Interpretation des § 113 St.G.B. (Marburg 1896)

behandelt den Widerstand gegen die Staatsgewalt in gründlicher Weise. Hervorzuheben sind insbesondere die Ausführungen darüber, daß auch ausländische Beamte den Schutz des § 113 genießen. Dies führt dazu, daß unter Umständen auch ein Deutscher, der eine solche Tat im Auslande begangen hat, nach § 4 zu bestrafen ist; ist aber die Handlung eine politische, so muß nach dem Grundsatze, daß das Inland nicht dazu beitragen darf, daß politische Vergehungen gegen das Ausland gestraft werden, der § 4 außer Anwendung bleiben.

Weil, Die Aufreizung zum Klassenkampf (Breslau 1905).

Der § 130 gehört zu den Satzungen, welche die Erhaltung des Friedens im Auge haben; das Wesen der Vergehung besteht darin, daß der Friedenszustand gefährdet wird, indem durch Aufreizung die nahe Möglichkeit von Gewalttätigkeiten entsteht. Der Friedensschutz steht neben dem Rechtsschutz.

Wegele, Zur Geschichte der falschen Anschuldigung (Ansbach 1892), gibt eine Darstellung der Lehre mit reichem geschichtlichem Material.

Friedmann, Geheime Verhandlungen und Wahrung von Geheimnissen im gerichtlichen Verfahren (Wien 1905),

spricht über die Bestrebungen, die Geheimnisse des gerichtlichen Verfahrens, sofern ihre Veröffentlichung mit höheren Interessen in Widerspruch steht, zu wahren. Hier seien insbesondere, S. 101 f., die Erörterungen über das Schweigegebot hervorgehoben, welches eine eigenartige Unterlassungspflicht herbeigeführt hat.

Mittermaier und Liepmann, Schwurgerichte und Schöffengerichte, 1. Heft (Heidelberg 1906).

Hier sollen Fragen über Schwurgerichte und Schöffengerichte zur Erörterung gestellt werden. Das erste Heft enthält insbesondere Aufsätze von Kahl und von Liepmann, die sich mit Recht für die Erhaltung des Schwurgerichts aussprechen.

Für den Strafprozeß bedeutsam ist auch der Kommentar von Burlage (1905) über die zwei Gesetze, die endlich die hohe Aufgabe der Gerechtigkeit erfüllten, dem unschuldig Bestraften und unschuldig Verhafteten Entschädigung zu gewähren. Eine systematische Darstellung dieser Rechtserscheinungen unter Hervorhebung des juristischen Charakters wäre äußerst wünschenswert.

Aus dem Archiv für Strafrecht Band 54 sei beispielsweise die Polemik Goldschmidts gegen Belings Typentheorie und meine Arbeit über die klassische und neue Strafrechtsschule erwähnt.

6. Privatrecht und Zivilprozeß.

Stammler, Rudolf, Privilegien und Vorrechte (Halle 1903, Buchhandlung des Waisenhauses),

spricht von Privilegien und Vorrechten, ohne rechtsvergleichende Ausweitung und ohne brauchbare fortbildende Gesichtspunkte.

Müller, Eduard, Friedrich Karl von Savigny. Leipzig 1906. Wilhelm Weicher.

Das Lebensbild von Savigny ist anziehend und schildert uns den großen Lichtbringer der historischen Rechtswissenschaft und

sein Martyrium durch Eintritt in die praktische Wirksamkeit, die seiner Art und seinen Studien zuwider war.

Klumke und Polligkeit, Gerichtliche Entscheidungen über Rechtsfragen der Kinderfürsorge (Dresden, Böhmert),

ist für das Familienrecht bedeutsam.

7. Handelsrecht.

Meyer, Kammergerichtsrat Dr. Felix, Weltwechselrecht; Denkschrift für die Aeltesten der Kaufmannschaft (Berlin, Springer)

bietet eine gute Entwicklung der einschlägigen Fragen unter Beifügung von Entwürfen für eine einheitliche Regelung.

8. Sammlungen und anderes.

Brodtbeck, Dr. K. A., Schweizerisches Rechtslexikon (Zürich, Orell Füßli)

ist faßlich und durch zahlreiche Nachweise nützlich.

Gesamtregister zur Deutschen Juristen-Zeitung. I.—X. Jahrgang 1896—1905, bearbeitet von Rechtsanwalt Arthur Schindler. Berlin 1907. Otto Liebmann

bietet einen guten Einblick in die Fülle des Materials und das Mittel, dessen Herr zu werden.

Parey, K., Die Rechtsgrundsätze des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Berlin 1897. Ergänzungsband 1895 zur zweiten Auflage und sodann dritte Auflage.

Das reiche und schätzenswerte Werk bedarf keiner Empfehlung. Es wird durch Kunze und Kautz fortgesetzt.

Von Rechtsfällen sei erwähnt: Heinsheimer, Typische Prozesse. (Berlin 1906).

Die Fälle sind sehr belehrend, die beigefügten Fragen sachgemäß und eindringlich.

VIII.

Sitten und Gebräuche in Ost- und Westsumatra.

Eine vergleichende rechtswissenschaftliche Studie

von

Max Moszkowski,

Grunewald bei Berlin.

Einleitung.

Die im folgenden mitzuteilenden Beobachtungen beziehen sich auf die Stämme und Völker, die an den Ufern des Siak und seiner Nebenflüsse, sowie an den Ufern des Rokan und seiner Nebenflüsse wohnen. Während an der Westküste, speziell in der Residenzschaft Padang, weiße Ansiedler und Pflanzer zahlreich vorhanden und auch tief ins Innere hineingedrungen sind, sind die südlichen und mittleren Partien der Ostküste Sumatras der weißen Kultur so gut wie gar nicht eröffnet. Speziell das Innere ist von unergründlichen Urwäldern bedeckt, die der Forschung bis jetzt noch völlig verschlossen waren. Ich möchte bei der Beschreibung mit den Sitten und Gebräuchen dieser Urwaldbewohner beginnen, einesteils, weil sie am einfachsten sind und den primitivsten Zuständen am nächsten kommen, dann aber auch, weil sich das ganze Rechts- und Verfassungswesen der weiter vorgeschrittenen Völker dieser Gegend im Grunde auf den Rechtsanschauungen der Urwaldstämme aufgebaut hat. Diese Stämme gehören zur Rasse der Sakeis. Sakeis kannte man bis jetzt nur in Malakka[1]); von

[1]) [Vgl. Zeitschr. XXI, 242 f. Kohler.]

ihrem Vorkommen auch auf Sumatra wußte man wissenschaftlich so gut wie nichts. Es ist interessant, daß ihre Wohnsitze auch geographisch gerade in die Gegenden fallen, die wahrscheinlich früher in direktem Zusammenhange mit Malakka gestanden haben.

I. Der Adatt der Sakeis.

Die Sakeis sind dolycho- bis mesozephal und haben langes, gelocktes Haar. Sie bewohnen die Urwälder an den Ufern der Mandau, eines linken Nebenflußes des Siak, und seiner Nebenflüsse. Ein Teil von ihnen sitzt auch am Mittellauf des Rokan Kiri, doch sind diese letzteren schon vollständig islamisiert und haben ihren alten Adatt zum größten Teil verloren. Wir werden uns daher im folgenden nur mit den Sakeis an der Mandau und ihren Nebenflüssen beschäftigen.

Die Sakeis lieben es nicht, wenn sie Sakeis oder Orang utan (Waldmenschen) genannt werden; sie selbst nennen sich Batin, was wohl soviel heißen soll wie: Orang batin punja, d. h. Leute, die dem Batin gehören[2]). Batin ist der Name ihrer Häuptlinge und heißt soviel wie: der Alte oder der Großvater; dieselbe Bezeichnung kommt auch in Malakka vor.

Die Batins teilen sich in zwei große Stämme: Batin Selapan (die acht Stämme), die nordöstlich, und die Batin Lima (die fünf Stämme), die südwestlich wohnen.

Irgendwelche festgefügten religiösen Begriffe habe ich bei ihnen nicht gefunden, dagegen ist der in der ganzen Südsee verbreitete Antuglaube (Gespensterglaube) auch bei ihnen sehr entwickelt. Ihr kultureller Zustand ist noch ein außerordentlich tiefer. Ihr Ackerbau steht auf der allerprimitivsten Stufe. Viehzucht ist so gut wie gar nicht vorhanden, man findet höchstens einige Hühner und Hunde bei ihnen. Die dreizehn Stämme, in welche die Batins sich spalten und drei

---

[2]) [Zeitschr. XXI, 250. Kohler.]

Sekundärstämme, die sich später gebildet haben, so daß heute sechzehn vorhanden sind, sind ursprünglich als einzelne Familien aufzufassen. Heute, wo die Batins mit den Malaien in Berührung gekommen sind, brauchen sie zur Bezeichnung der einem Stamm angehörigen Leute auch den malaiischen Ausdruck Suku und haben sich auch malaiische Familiennamen zugelegt; Suku Pĕtapahang, Suku Domei, Suku Antu Gugu u. s. w. Innerhalb eines Stammes ist die Heirat verboten. Das gesamte Erb- und Familienrecht ist durchweg matriarchalisch, aller Besitz gehört der Frau. Die Kinder gehören zu der Familie der Frau und nicht zu der des Mannes. Der natürliche Schützer der Frau ist der Bruder. Der Gatte verbleibt bei seiner Suku. Für die Zeit des Aufenthaltes am Wohnsitz der Frau ist er seinem Schwager untertan. Bei Scheidung oder Tod der Frau kehrt er ohne weiteres zu seinem Stamm zurück.

Das Erbrecht ist so geregelt, daß alles, was der Mann in die Ehe gebracht hat, bei seinem Tode wieder an seine Familie zurückfällt; das, was während der Ehe gemeinsam erworben ist, wird zwischen der Familie des Mannes und seinen Kindern geteilt. Stirbt die Frau, so erben ihre Kinder, resp. ihre Suku; nur das, was während der Ehe gemeinsam erworben ist, wird zwischen der Suku und dem Mann geteilt. Oft allerdings wird das Vermögen in diesem Falle auch gedritteilt und dann bekommt die Frau ein Drittel mit ins Grab, während der Mann in der Regel höchstens ein Messer mit ins Grab erhält, eine Tatsache, von deren Richtigkeit ich mich bei Oeffnung verschiedener Gräber habe überzeugen können. Falls die Frau die Scheidung will, kann sie den Mann einfach wegschicken. Die Kinder, das Haus und alles bewegliche Besitztum verbleiben ihr. Will der Mann sich scheiden lassen, so kann er gleichfalls gehen, muß aber für den Fall, daß er der Frau kein Haus gebaut hat, die Kosten, die er während seiner Verheiratung verursacht hat, ersetzen. Kinder, sowie sämtliche bewegliche und unbewegliche Habe verbleiben der

Frau. Vielmännerei oder Vielweiberei habe ich bei den heidnischen Stämmen nicht beobachten können.

Die Erbberechtigten sind der Reihe nach die Brüder, und falls solche nicht mehr vorhanden sind, die Kinder der Schwester; Bruderkinder sind natürlich keine Verwandten im Sinne des matriarchalischen Erbrechts und genau so ist auch die Erbfolge bei den Häuptlingen, den Batins, geregelt. Es folgt der Bruder auf den Bruder und falls keine Brüder mehr vorhanden sind, die Neffen weiblicher Deszendenz.

Der gesamte Grund und Boden gehört den Batins, dem gewöhnlich noch zwei Gehilfen zur Seite stehen, die den Titel Antan-Antan (Stab), Tongkat (Stütze) oder Mentaro führen. Auch andere den Malaien entlehnte Titel kommen noch vor. Die Landeskinder haben indessen freien Anspruch auf die Produkte des Waldes, Gummi und Rotan; auch dürfen sie beliebig viel Wald zu Ackerbauzwecken schlagen; Fremdlinge müssen den Batins 10 Prozent Abgaben entrichten. Es ist zu merken, daß innerhalb der Batinstämme eine absolute Freizügigkeit herrscht und daß jeder Batin in jedem anderen Stamm vollkommen als gleichberechtigt angesehen wird, dagegen hat kein Batin die Berechtigung, seine Frau oder seine Kinder aus ihrem Heimatdorf zu entführen; selbst für kurze Zeit kann es nur mit ausdrücklicher Einwilligung der Frau und ihrer Verwandten geschehen.

Zahlungsmittel sind neben Geld, das bekannt ist, Rotan und Kautschuk. Als Schuldschein oder Zahlungsversprechen wird eine Schnur mit so viel Knoten gegeben, als Gulden geschuldet sind.

Politisch unterstehen die Batins dem Sultan von Siak und die ganze Strafrechtspflege liegt heute in den Händen des Sultans oder wird doch wenigstens in seinem Namen ausgeübt. Kleine Strafen bis zu 5 Gulden dürfen von den Häuptlingen selbst verhängt werden; schwere Verbrecher müssen nach Siak zur Aburteilung durch den Sultan resp. die holländische Regierung, gebracht werden. Darüber, wie die Straf-

rechtspflege früher bei den Batins gehandhabt wurde, habe ich keinen Aufschluß erhalten können, doch scheint es bei dem außergewöhnlich gutmütigen und friedfertigen Charakter dieser Wilden sehr wahrscheinlich, daß, ähnlich wie bei den Weddas in Ceylon, Verbrechen, wie Diebstahl und Mord, gänzlich unbekannt sind. Es ist z. B. bezeichnend, daß die Malaien, welche die Sakeis ja eigentlich als Heiden sehr verachten, doch von ihnen zugeben, daß sie nicht lügen, d. h. nur solange sie in ihren Dörfern leben; wenn sie in die Fremde kommen, gewöhnen sie sich die Lüge bald genug an.

Noch zwei merkwürdige, mehr lokale Gebräuche, die sich nur bei ganz bestimmten Stämmen am Rokan Kiri vorfinden, möchte ich hier erwähnen.

In Paoh ist es Gebrauch, daß, wenn ein Mann die Frau eines anderen entführt hat, er sich 7 Tage mit ihr in den Wäldern verstecken muß; wird er während der Zeit von dem betrogenen Ehemann nicht gefunden, so ist die Sache damit erledigt und er darf ungehindert zurückkehren. Wird er jedoch während der Zeit entdeckt, so muß er Strafe bezahlen und die Frau muß ihren Mann wieder aufnehmen.

Unter den Sakeis ist eine sehr unangenehme Hautkrankheit, die Kurab, sehr verbreitet. Am Rokan Kiri nun gilt es für so selbstverständlich, daß ein Sakei Kurab hat, daß ohne Kurab geborene Kinder als Antukinder angesehen und in früheren Zeiten dem Könige als Sklaven übergeben wurden.

Die dreizehn oder vielmehr sechzehn Sakeistämme haben folgende Namen:

I. Die Batin Selapan:

1. Batin Madjilelo; dieser Stamm hat drei Unterstämme:
   - a) Batin Mantilelo,
   - b) Orang Kaja (malaiisch: der Mächtige, der Reiche),
   - c) Batin Borumban,

   } dürfen nicht untereinander heiraten,

2. Borumban Pĕtani (der Markgraf am Fluß Pĕtani),
3. Sutan Bertoa (seine Suku heißt Suku si Tupang [ein Fluß]),
4. Batin Singa Maharadja (malaiisch: der fürstliche Löwe),
5. Borumban sri Paoh (malaiisch: der Markgraf am Paohfluß),
6. Batin Sinangar (ein Fluß),
7. Batin Bertoa,
8. Batin Smunai (Suku Antu Gugu, Smunai = Sumpf).

II. Batin Lima:

1. Batin Bĕringin (Fluß),
2. Borumban Minas (Fluß),
3. Batin Panasar (Fluß),
4. Batin Belutu,
5. Batin Tingernan.

Endlich sitzen am Rokan Kiri noch Sakeis in den „Kampong nan anam" (sechs Dörfer).

Noch unkomplizierter und noch reiner matriarchalisch ist der Adatt bei einem anderen, ziemlich im Aussterben begriffenen Volke, den Aketts, Küsten- und Flußbewohnern, die ihre Häuser mit Vorliebe auf Flößen bauen und deren Nahrung bis vor ganz kurzer Zeit ausschließlich tierische, Fische und namentlich Affen waren. Wie primitiv der Zustand dieses Volkes ist, zeigt der Umstand, daß ich hier noch ein Blasrohr mit daran befestigter Holzlanze gefunden habe, wahrscheinlich das einzige, was jemals im Archipel gefunden worden ist. Der ursprüngliche Adatt dieser Völker wird natürlich, in je eingehendere Berührung sie mit den Malaien kommen, immer mehr verwischt.

Der Hauptfeind des Maternats ist allerdings der streng patriarchalische Islam. Gewissermaßen ein Produkt von Islam und Sakeirecht ist der Adatt in den Rokanstaaten, der in vielen Punkten dem ja schon oft beschriebenen Menengkabau-Adatt gleichkommt.

II. Der Adatt in den fünf Rokanstaaten[3]).

Die fünf Staaten an den Ufern des Rokan Kiri (links)[4]) und des Rokan Kanan (rechts) heißen:

1. Rokan dan IV kota (am Mittellauf des Rokan Kiri),
2. Kunto (am Unterlauf des Rokan Kiri),
3. Ramba (am Mittellauf des Rokan Kanan),
4. Kapanuhan (am Unterlauf des Rokan Kanan),
5. nördlich davon Tembusai an einem gleichnamigen linken Nebenfluß des Rokan.

Die Bevölkerung dieser fünf Staaten stellt ein Gemisch von Sakeis, die früher die Ufer der beiden Rokanströme bewohnt haben, und von Malaien dar, die teils vom Westen von Menengkabau, teils von Osten von Johore aus in diese Gegenden eingewandert, die Urvölker unterworfen und sich mit ihnen vermengt haben. Die Sagen berichten von zwei Sultanen: Arimau (Tiger), der den Rokan Kiri, und Sultan Jangkut (der mit dem Barte), der den Rokan Kanan erobert hätte. Beide wären Brüder gewesen und Söhne eines Radjah von Johore.

Endlich wohnen in Ramba noch Mĕndĕhalings, d. h. islamisierte Battaks, welche heute wenigstens ein rein patriarchalisches Recht haben.

Ehe- und Familienrechte.

Die Grundform des Rechts ist auch in Zentralsumatra genau wie in Menengkabau das Maternat. Da nun aber die Frauen zur Regierung zu schwach sind, gilt der Bruder der Frau als eigentlicher Chef der Familie. Ursprünglich gab es im Menengkabau-Adatt vier Sukus, die je nach dem Ort ver-

[3]) Für mannigfache Informationen bin ich dem Kontrolleur Herrn R. Herzenberg zu aufrichtigem Dank verpflichtet.

[4]) Der Malaie orientiert bei Flüssen rechts und links so, daß er nach der Quelle schaut, also umgekehrt wie wir.

schiedene Namen haben; die Namen, die ich am häufigsten für die vier Sukus gefunden habe, sind: Bodi, Malaju, Kotå, Pĕtapahang. In Rau heißen die vier Sukus: Suku Pungkut, Suku Malaju, Suku Mĕndĕhaling und Suku Hampu. Es ist Bestimmung, daß Angehörige der Suku nicht untereinander heiraten dürfen. Wenn nun die Sukus zu groß werden, so teilen sie sich. So ist beispielsweise in Menengkabau aus der Suku Bodi die Suku Tjineago hervorgegangen, aus der Suku Malaju die Suku Mĕndĕhaling, aus der Suku Kotå die Suku Pĕliang und aus der Suku Pĕtapahang die Suku Katiangir. Auf sonstige Einzelheiten werden wir weiter unten eingehen. An der Spitze einer Suku steht ein Pungulu oder Putschuk (Spitze). In den meisten Ortschaften teilt sich jede Suku in eine Anzahl von Hausständen, an deren Spitze ein Induk[5]) oder Mammak steht; diese Induks sind die eigentlichen Besitzer von Grund und Boden. Der Chef einer Suku muß in den meisten Fällen aus einer ganz bestimmten Induk hervorgehen. In manchen Fällen aber können alle Induks den Putschuk stellen. Die Gesamtheit der Induks und Putschuks eines Gemeinwesens bilden die Krappatan. An der Spitze der Krappatan steht ursprünglich der Datu Bĕndaharo, welcher meistenteils der Putschuk eines besonders hervorragenden Suku ist, in manchen Fällen aber außerhalb der Suku steht; doch muß er vor seinem Amtsantritt gleichfalls einer ganz bestimmten Suku angehört haben. Jeder Putschuk besitzt zu seinem Schutze einen Dubalung oder Hulu Balung, diesem liegt die Polizei ob, auch ist er im Kriegsfalle der Führer des Sukukontingentes und ein Bintaro (eine Art Zeremonienmeister).

Innerhalb einer Suku ist, wie gesagt, die Ehe nicht gestattet, ursprünglich mußte ein Jüngling, der eine Ehe einging, aus seiner Suku austreten und in die Suku seiner Gattin eintreten. Dies hat bestimmte vermögensrechtliche Bedeu-

---

[5]) Wörtlich der Erwachsene — der Alte.

tungen. Jedes erwachsene Mitglied einer Familie ist nämlich erstens dem Putschuk und zweitens dem Induk je 5 Tage Hilfe bei Bestellung des Ackers schuldig. Der Ackerbau wird in der Weise betrieben, daß ein Stück Wald, meistens in der Größe von 10000 Quadratklaftern, ausgerodet wird. Dies geschieht so, daß erst das kleine Holz geschlagen wird (technischer Ausdruck Mĕnĕbas), 20 Tage später wird das kleine Holz verbrannt, dann das große Holz geschlagen (Mĕnĕbang), wenn das große Holz 40 Tage gelegen hat, ist es trocken und kann verbrannt werden (Mĕnĕbakar). Dann wird das verbrannte Holz teils weggeschafft, teils ordentlich über das Feld gelegt (Memmurun), dann wird gesät, d. h. es werden mit dem Grabstock Löcher in den Boden gestoßen und in diese Löcher der Reis- resp. der Maissamen hineingestreut (Mĕnugal). Ist der Reis handgroß, wird zum ersten Male das Unkraut entfernt, ist er unterarmlang, zum zweiten Male (Bersiang, dies ist meistenteils Frauenarbeit), endlich sechs Monate nach der Bestellung wird geerntet (Mĕnuvai). Um seinen alten Mammak für die ihm so entgangene Arbeitskraft zu entschädigen, zahlt jeder, der aus der Suku austritt, ein Huhn und einen Scheffel Reis zur Sühne (Mĕlĕpasken tali — das Band in Güte zu lösen). Eine sehr wichtige vermögensrechtliche Bestimmung ist, daß die Sukus solidarisch für die Schulden ihrer Mitglieder haften, daher die weitere Bestimmung, daß kein Mann ohne Zustimmung seines Mammaks Schulden kontrahieren darf; Zuwiderhandelnde können, wie wir weiter unten sehen werden, in die sehr üble Lage kommen, ihre Freiheit zu verlieren. Zur Ehe muß natürlich die Zustimmung des Mammaks des betreffenden Mädchens eingeholt werden. Junge Mädchen müssen ohne weiteres den ihnen von ihrem Mammak bestimmten Gatten annehmen. Witwen oder geschiedene Frauen können dagegen ohne ausdrückliche Einwilligung nicht wieder verehelicht werden. Der technische Ausdruck für die Ehe ist Semendo. Im Fürstenrecht ist noch eine andere Art der Eheschließung vorgesehen,

die sogen. Pinang. Wenn nämlich eine fürstliche Familie ohne berechtigte Agnaten auszusterben droht, so ist der letzte Deszendent gehalten, sich Pinang zu vermählen, d. h. die gesamte Krappatan kauft gewissermaßen um große Schätze einem benachbarten Königshofe eine Prinzessin ab, diese zieht dann in das Haus ihres Gatten und tritt in seine Familie ein, nicht umgekehrt, wie gewöhnlich. Aus solcher Ehe entsprossene Kinder sind dann erbberechtigt. Bei der gewöhnlichen Semendoheirat sind natürlich die Kinder nicht die Erben des Mannes, sondern Erben der Mutter. Es gilt bei Todesfall und bei Scheidung folgender Brauch: „Hartå pembawak pulang ke djantan betina hartå pentjarian dibagi dua, d. h., was Mann und Frau in die Ehe mitgebracht haben, geht an Frau und Mann zurück; was während der Ehe gemeinsam erworben ist, wird geteilt. Titel und Rechte vererben sich vom Bruder auf den Bruder; sind Brüder nicht vorhanden, so erben die Kinder der Schwester. Ein anderer Spruch, der aber dasselbe besagt, lautet: Hartå dibawa, hartå turun (eingebrachtes Gut geht zurück), hartå ditapati, hartå tinggal (vorgefundenes Gut der Frau bleibt ihr), pentjarian dibagi dua.

Alle Immobilien verbleiben bei der Scheidung eo ipso bei der Frau. Die Scheidung erfolgt heute natürlich nach der muselmanischen Vorschrift, d. h. der Mann kann der Frau ohne weiteres den Surat — Scheidebrief — geben, doch darf er das wiederum nicht ohne die Erlaubnis seines Mammaks, der sie ihm natürlich so ohne weiteres niemals gibt, da er ja auf diese Weise einen Untertanen verliert; es steht dann dem Betreffenden der Appell an die Krappatan zu. Weit schwieriger ist die Scheidung für die Frau, da der Koran den Frauen dieses Recht ausdrücklich abspricht. Man verhält sich in diesem Falle dann so, daß die Frau für einen Augenblick aus dem Islam austritt, dann muß die Krappatan sofort auf Scheidung erkennen, doch ist dies ein Luxus, den sich nur die Reichen gestatten können, da der Adatt in solchen Fällen die

Buße von einem Ochsen und 100 Scheffel Reis vorschreibt. Außerordentlich kompliziert und verworren sind die Eheverhältnisse sowohl in sukurechtlicher wie in vermögensrechtlicher Beziehung dadurch geworden, daß der Islam gestattet, vier Frauen zu ehelichen. Selbstverständlich kann nicht ein Mann vier Sukus angehören und in vieren fronen. Es hat sich daraus in manchen Gemeinden der Gebrauch entwickelt, überhaupt nicht mehr aus seiner Suku auszutreten; der Mann bleibt einfach bei seiner, die Frau, resp. die Frauen bei ihrer Suku. Welcher Mißbrauch auf diese Weise mit der Erlaubnis, vier Frauen zu ehelichen, getrieben werden kann, liegt auf der Hand. Die jungen Leute ziehen im Lande umher, heiraten bald hier, bald dort und kümmern sich nach kurzer Zeit nicht mehr um ihre Frauen und Kinder. Die Frauen, denen die Scheidung, wie gesagt, fast unmöglich, jedenfalls aber sehr erschwert ist, fallen dann natürlich aus materiellen und sexuellen Gründen der Prostitution anheim, die denn auch in diesen Gegenden sehr stark blüht.

Sehr interessant sind die Mittel, welche zur Bekämpfung dieses Uebelstandes aus dem Geist der dortigen Völkerschaften heraus von selbst entstehen. Es scheint mir ganz zweifellos, daß der Djudjur — der Brautkauf — wie er bei den Mĕndĕhalings und Battaks allgemein verbreitet ist. eine der primitivsten Maßregeln zum Schutze der Frau ist. Wir werden auf den Mĕndĕhaling-Adatt im speziellen weiter unten einzugehen haben. Die bei der Verheiratung vom Manne an die Schwiegereltern zu zahlende Summe soll also einmal eine Art Kaution darstellen, zweitens aber auch den Zweck haben, daß sie Unbemittelte verhindert, sich den Luxus mehrerer Frauen zu gestatten. Der Sultan von Siak, der in seinem Lande allgemein den Brautkauf eingeführt hat, hat mir ausdrücklich bestätigt, daß er damit beabsichtigt habe, der Vielweiberei unbemittelter Männer einen Damm entgegenzusetzen. Besitzt die Frau eigenes Vermögen, sei es, daß sie es in die Ehe mitgebracht hat, sei es, daß sie es später geerbt hat, so steht

dem Ehegatten wohl ein gewisses Nutznießungsrecht, niemals aber ein Verwaltungs- oder Verfügungsrecht darüber zu. Das gesamte Land gehört, wie wir weiter oben sahen, den Mammaks, doch ist jeder Mann berechtigt, Wald, wo es ihm beliebt, zu schlagen und zu bebauen. Ursprünglich war es allerdings Sitte, von den Früchten des Feldes ein Zehntel an den Besitzer von Grund und Boden abzugeben (Tapak lawang). Heute ist der Usus so, daß nur Fremdlinge den Tapak lawang bezahlen müssen, Landeskinder nicht, doch gilt es im allgemeinen als Sitte, daß der Tapak lawang nur dann gezahlt werden muß, wenn die Ernte mindestens die fünfzigfache Aussaat bringt.

Oeffentliches Recht.

Oeffentliches und Privatrecht sind in diesen primitiven Staaten natürlich nicht so streng geschieden, wie bei uns. Es liegt dies vor allen Dingen daran, daß die Sukueinteilung nicht nur die Grundlage des Privatrechtes, sondern auch des öffentlichen und politischen Rechtes ist. Die Mammaks sind nicht nur Haushaltungsvorstände und Grundbesitzer, sondern sie sind auch Notable und Richter. Schon die Zahlung der Grundsteuer, von der wir oben sprachen, stellt sich ja eigentlich mehr als Ausfluß eines öffentlichen Rechtes dar; es ist sehr interessant, wie auch hier wieder der Islam, auf vorhandene Gebräuche bauend, sich durchgesetzt hat. Der Koran schreibt ja bekanntlich vor, den Zehnten der Ernte zu gewissen wohltätigen Zwecken abzugeben und zwar sieht er acht Klassen von Menschen vor, welche Anspruch auf den Zehnten (Sakat = Cedekah = Çadakah) haben.

1. Orang meskin (Arme),
2. Fakir (verschämte Arme),
3. die Sakateinnehmer,
4. Ma'alaf (Bedürftige, die zum Islam übertreten),
5. Musafir (arme Reisende islamitischer Religion),

6. Orang prang sabil (Soldaten im heiligen Krieg),
7. Mukatab (Sklaven, die einen Kontrakt auf Freikauf haben).
8. Anak yatim (Waisen).

Die Sakateinnehmer sollen die Geistlichen sein. Die Sakat ist fast überall an Stelle des Tapak lawang getreten; doch hat insofern wieder der Adatt triumphiert, als nicht die Geistlichen, sondern die Mammaks den Zehnten einziehen und wenigstens zum Teil für sich verbrauchen.

Auch die gesamte Gerichtseinteilung geht der Sukueinteilung konform. Richter in kleinen Straf- und Zivilsachen sind die Mammaks, für größere Sachen die Putschuks und in schweren Fällen die Krappatan; die Strafen sind fast ausschließlich Geldstrafen und, falls die Geldstrafen nicht beigetrieben werden, Verkauf des Schuldigen in die Sklaverei. Sklaven darf allein der König halten, doch können sich die Großen wohl auch Sklaven vom Fürsten kaufen. Man unterscheidet vier Arten von Sklaven:

1. Solche Sklaven, die wegen Verbrechen zu Sklaven gemacht worden, oder als Sklaven geboren worden sind:
   a) Endem laloe (sind solche, die wegen Verbrechen Sklaven geworden sind.) (Das Verbum ist mĕngĕdamken.)
   b) Pusaku turun tumurun (solche, die geerbt sind).
   c) Açal bĕrbili (solche, die gekauft sind).
   d) Badak (uneheliche Kinder)[6].

   Für diese Art Sklaven hat die holländische Regierung eine Abkaufsumme von 25 fl. für 6—16jährige, 20 fl. für Kinder unter 6 Jahren, 30 fl. für Leute über 16 Jahre bestimmt.
2. Mĕngĕdamkan diri tĕrtjampur di dalam kawan radjah (dies sind solche, die entweder durch Heirat mit

[6]) Heute werden uneheliche Kinder unfehlbar getötet.

Sklaven selbst zu Sklaven geworden sind, oder die in Zeiten der Gefahr sich freiwillig unter den Schutz des Königs begeben haben, indem sie sich mit den Sklaven des Königs vermischten [tĕrtjampur]). Der Abkauf für diese Klasse von Menschen ist von der holländischen Regierung auf 5 fl. berechnet worden.

3. Bĕrhutang lĕpas burung, d. h. Schuldner, die für vogelfrei erklärt worden sind. Wir sagten schon oben, daß Schulden ohne Erlaubnis des Mammaks nicht gemacht werden dürfen, da die Sippe für die Schulden ihrer Mitglieder solidarisch haftbar ist; kontrahiert ein Mitglied der Familie trotzdem Schulden, so kann sie ihn für vogelfrei erklären und verkauft ihn an den König als Sklaven, für den Erlös wird dann die Schuld bezahlt. Die holländische Regierung hat hier als Abkaufsumme die Höhe der Schuld bestimmt und 1,25 fl. als Mĕlĕpasken tali. Kinder derartiger Schuldsklaven, die nach der Versklavung geboren worden sind, werden auch Sklaven; ihre Abkaufsumme ist auf 5 fl. festgesetzt.
4. Bĕrhutang akupanku; dies sind ebenfalls Schuldsklaven, die von ihrer verschuldeten Familie in die Sklaverei verkauft worden sind, ohne daß sie an der Verschuldung irgend welche Schuld zu haben brauchen. Auch hier hat die holländische Regierung die Zahlung der Schuld als Abkaufsumme festgesetzt.

Die Stellung der Sklaven hält etwa die Mitte zwischen den Sklaven der Antike und den Leibeigenen. Auf der einen Seite durften die Sklaven zwar verkauft, geschlagen und wohl auch getötet werden, ihre Frauen und Töchter waren Freiwild für ihre Herren (das Jus primae noctis gilt und galt ganz allgemein), auf der anderen Seite pflegten sie meistens nicht im Hause des Herrn zu wohnen, sondern besitzen oft eigene Häuser und Aecker und werden nur gelegentlich zum Dienst von ihren Herren herangezogen. Die holländische Regierung hat für solche Sklaven, die vermögenslos sind, den

Zwang eingeführt, für ihre Herren zu fronen. Für jeden Monat Frondienst wird ihnen 1,50 fl. gutgeschrieben, so daß sie nach 20 Monaten ihre 30 fl. Abkaufsumme abgedient haben können.

Sowohl bei kleineren wie auch bei größeren Vergehen, aber auch bei zivilrechtlichen Streitfragen wurden Gottesurteile veranstaltet, und zwar erstens Dolch- oder Schwerterkampf, zweitens das Tragen von heißem Blei und drittens die Wasserprobe. Kläger und Angeklagter wurden ins Wasser geworfen und wer es am längsten am Grunde aushielt, hatte gewonnen. Der Verlierende mußte Buße zahlen und wurde im Unvermögensfalle als Sklave verkauft. Die höchste Strafe, die früher auferlegt werden konnte, war 7 Tael Gold (0,3000 kg).

Die Konstitution.

Wie schon weiter oben gesagt, gehört das gesamte Land den Mammaks, die gewissermaßen als die Barone zu bezeichnen sind; über den Mammaks stehen die Putschuks oder Pungulus (die Grafen), unter ihnen ist der Datu Bĕndaharo eine Art Primus inter pares, er ist der Leiter der Krappatan und vermittelt zwischen der Krappatan und dem Fürsten. Der Fürst hat eine ähnliche Stellung, wie sie etwa seinerzeit der Mikado von Japan vor der Revolution von 1869 hatte, d. h. er ist gänzlich einflußlos, falls er nicht über eine große Persönlichkeit oder eine große Hausmacht verfügt. Man muß ja annehmen, daß in der Regel die Fürsten so entstanden sind, daß die Häuptlinge besonders mächtiger Sukus die anderen unterdrückt und ihrer Botmäßigkeit unterworfen haben; die Entwicklung wird dann wohl so weitergegangen sein, daß nach und nach die Notablenversammlung den Fürsten ihre Macht wieder beschränkte und sie selbst zu einfachen Repräsentationsstücken degradierte. Ein strenges Hofzeremoniell hält sie von dem Verkehr mit dem Volke vollständig fern. Wenn der Fürst irgend etwas wünscht, hat er durch Vermittlung

eines Bintaro (eine Art Oberzeremonienmeister) diese Wünsche dem Bĕndaharo mitzuteilen, der Bĕndaharo wiederum teilt den Wunsch des Fürsten der Notablenversammlung mit und überbringt die Antwort dem Bintaro. Umgekehrt hat der Bĕndaharo den Fürsten auf dem Wege über den Bintaro von allen Vorkommnissen innerhalb der Gemeinde zu unterrichten. Die spezielle Anrede der Notablen ist „Tuan, Tuan" (meine Herren). Nachfolger (Sambutan) des Fürsten sowie der Pungulus ist, wie gesagt, der nächstältere Bruder, sind Brüder nicht vorhanden, die Kinder der Schwester. Es muß jedesmal die Nachfolgeschaft von der Krappatan ausdrücklich bestätigt und die Bestätigung kann eventuell wegen Nichtwürdigkeit verweigert werden. Sind nähere Agnaten nicht vorhanden, so gilt der Satz: Kalu djauh mĕntjari suku kaum kalu lĕkat — aus weit entfernten Agnaten sucht die Suku, aus nahen die nächste Verwandtschaft den Thronerben aus. Der Nachfolger muß in feierlicher Krappatansitzung vom Bintaro verkündet werden, dabei werden alle Anwesenden namentlich zum Zeugen der Titelverleihung aufgerufen. Wer einen Betitelten (Orang bĕsar — Großmann) mit seinem kleinen Namen anredet, hat einen Ochsen und 100 Scheffel Reis Strafe zu zahlen. Spätestens drei Monate nach der Wahl muß ein neubestätigter Pungulu der Krappatan einen Ochsen schlachten lassen, sonst gilt die Wahl nicht. Bei großen Feierlichkeiten wie Hochzeiten, erstes Bad des Kindes, Beschneidung und hundertster Tag nach dem Tode des Vorgängers gibt die Krappatan dem Fürsten einen Ochsen, dessen Hörner mit gelber Seide umwickelt sind; Gelb ist überhaupt die fürstliche Farbe.

Die Tracht des Fürsten besteht aus:

1. Kĕris tĕrapang pakei pandak (ein goldener Kris mit einer pandak genannten Spange).
2. Panding ĕmas (goldener Gürtel).
3. Putu matahari (ein goldener Armreif [matahari = Sonne]).

4. Induk pĕnapun sama anaknja (Halskette mit Anhänger).
5. Kantjing sahari bulan (ein Brustschild [bulan = Mond]).
6. Dĕtar bĕrtalapu (ein schwarzer Turban mit Goldverzierung).

Zum Schutze des Fürsten dienen nach dem Adatt sieben Dubalungs, die farbige, meist rote oder gelbe Gewänder, Bluse und Hose und eine schwarze Mütze mit zwei gelben Stäben tragen. Und zwar bewacht ein Dubalung die Zimmertür, einer die Haustür, einer das Stadttor. Vor dem Fürsten geht ein Dubalung mit einem langen Schwert (Pĕdang bĕrikat), rechts vom Fürsten wird die Mandarang getragen, das ist eine Lanze, deren Schaft mit Wollfäden, oder in ganz vornehmen Familien mit Kamelhaaren verziert wird. Der linke Dubalung trägt das Schild (Parisei), der Dubalung hinter dem Fürsten den gelbseidenen Schirm. Einer dieser Dubalungs ist auch Heerführer im Kriege. Ueber Krieg und Frieden aber entscheidet die Krappatan. Auch die einzelnen Pungulus haben eine bestimmte Tracht und zwar einen Kranzturban aus schwarzem Tuch, die sogen. Salo, ein goldenes Gürtelschloß und einen Kris mit goldenem Griff.

In den fünf Landschaften am Rokan existiert nun, zwischen der Krappatan und dem Fürsten stehend, noch ein anderer Funktionär, der gewissermaßen die Exekutivgewalt ausübt. Sein Titel ist in Rokan Sutan Mahomet, in Kunto Sutan Djalil, in Kapanuhan Sutan Brahim, in Ramba und Tembusai Sutan Mahmut, er ist Chef der Suku anak radjah radjah. Dies sind diejenigen Angehörigen des Fürstenhauses, die aus unebenbürtigen Verbindungen hervorgegangen sind. Seine Machtbefugnis wird am besten durch seinen Nebentitel gekennzeichnet, er heißt das große Schild der Untertanen (gegen den Fürsten) und die scharfe Lanze des Fürsten (gegen die Untertanen), d. h. also, er hat die Befehle des Fürsten,

die von der Krappatan genehmigt sind, auszuführen, hat aber auch eventuell das Volk gegen Uebergriffe des Fürsten zu schützen. Ein anderer Titel von ihm ist auch Ulu sembah (d. h. Haupt der Begrüßung), weil er auch der Vermittler des Fürsten bei Verhandlungen mit dem Ausland ist, er ist, wenn die Krappatans mehrerer Gemeinden vereinigt sind, gewissermaßen Haupt der Reichskrappatan. Die Machtfülle seiner Stellung hängt bei der etwas unklaren Bestimmung ihrer Funktionen natürlich sehr von seiner Persönlichkeit ab. So ist z. B. der Sutan Mahmut von Ramba fast mächtiger als die Fürsten, der Sutan Brahim von Kapanuhan übt fast vollständig die Rechte eines Bĕndaharo aus, während in Rokan und Tembusai die Stellung so gut wie einflußlos ist.

Die hauptsächlichsten Kronrechte der Fürsten sind Ansprüche auf Hilfe bei der Ackerbestellung, sowie beim Hausbau (jeder Mann 5 Tage im Jahr). Doch fehlen ihnen hier oft die Mittel, ihre Ansprüche geltend zu machen; sie sind dann mehr oder weniger auf den guten Willen der Krappatan angewiesen. Von den Produkten des Waldes, Rotan und Gummi und in den neuesten Zeiten auch wildes Wachs, müssen dagegen 10 Prozent abgegeben werden und zwar erhält davon die Hälfte der Fürst und die Hälfte der Grundeigentümer. Diese Steuer heißt der Pandjung allas. Daneben existiert noch der sogen. Barang larangan, das sind unter allen Umständen dem Fürsten vorbehaltene Güter, und zwar sind das Tjulå (wahrscheinlich Belemniten), Guligå (Gallensteine eines kleinen Nagetieres, das etwa zwischen Ratte und Stachelschwein steht, die als Medizin, namentlich gegen Vergiftung, hochgeschätzt sind), Mentikå (ein Stein, der sich im Kopf einer grünen Schlange befinden soll), Garu bĕrupa (das Herzholz einer Reihe von Bäumen, das zur Parfüm- und Medizinbereitung sehr geschätzt ist), Musang tjabuk (eine sagenhafte weiße Zibetkatze) und endlich Gading (Elefantenstoßzähne); doch ist der Fürst verpflichtet, dem Bringer dieser Gegenstände die Hälfte des Wertes zum Geschenk zu machen. Bei den Ele-

fantenstoßzähnen gehört der linke unter allen Umständen dem Fürsten, den Wert des rechten hat der Finder zu beanspruchen.

Noch einige Worte über die Wachsgewinnung: Die wilden Bienen der Urwälder suchen mit Vorliebe besonders hohe und gerade gewachsene Bäume auf. Die Bäume müssen von Epiphyten und sonstigen Verunreinigungen sorgsam befreit sein, junge Bäume dieser Art dürfen bei Strafe nicht umgeschlagen werden. Siedeln sich diese Bienen auf einem solchen Baume an, was übrigens nur bei Bäumen geschieht, die mindestens 70—80 Jahre alt sind, so können sich die Leute, die den Baum gepflegt haben, vom Grundbesitzer die Erlaubnis ausbitten, das Wachs zu holen. Diese Erlaubnis darf in der Regel nicht verweigert werden. Es erhält dann von der Ernte ein Drittel derjenige, der auf den Baum steigt, ein Drittel derjenige, der ihm unten hilft und ein Drittel der Grundbesitzer.

Spezielle Ausgestaltung des Adatts in den einzelnen Rokanstaaten.

I. Rokan dan ampat kota (vier Städte). Der Fürst von Rokan führt den Titel „Yang di pertuan sakti“ (der unantastbare Oberherr). Er führt wie alle Fürsten Zentralsumatras seinen Ursprung auf das alte Fürstenhaus Pagar uyung von Menengkabau zurück. Nur die Einwohner der Stadt Rokan sind ihm fronpflichtig. Die an der Spitze der einzelnen Gemeinden seiner Landschaft stehenden Bĕndaharos sind fast vollständig unabhängig von ihm. In der Stadt Rokan gibt es sieben Sukus und außerdem noch drei Sukus ganz besonderer Art: Die Suku anak radjah radjah, von der wir schon vorhin sprachen, dann zwei als unrein bezeichnete Sukus, die Suku nan seratus (hundert) und die Unguh nan limapulu (fünfzig); in diese Sukus treten die freigelassenen Sklaven ein, von denen man drei Klassen unterscheidet:

a) Mardahĕka, solche, die um der guten Werke willen freigelassen worden sind;

b) Njat oder Hadjad, solche, die auf Grund eines Gelübdes freigelassen worden sind;

c) Makçud, solche, die gewissermaßen als Opfer, damit ein Plan gelingt, freigelassen werden.

Die Angehörigen dieser beiden Sukus haben die Verpflichtung, dem Fürsten gelegentlich zu Diensten zu sein und zwar besonders bei Festmahlen (Chanduri) alle schmutzige Arbeit zu verrichten. Es heißt von ihnen: dehulu datang, kĕmudian pergi (zuerst kommen, zulètzt weggehen). Wenn der Fürst ein Haus baut, so dürfen die Angehörigen dieser beiden Sukus das Innere des Hauses nicht betreten, sondern müssen den Boden unterhalb der Hauses (es handelt sich immer um Pfahlbauten) säubern und zurechtmachen. Wenn der Fürst selbst Krappatan hält, so dürfen die Putschuks der beiden unreinen Klassen nicht mitsitzen.

Zu Rokan gehören auch die ampat kota di bukit, vier Gebirgsdörfer, in denen sich der alte Adatt besonders rein erhalten hat.

II. Kunto. Der Fürst von Kunto führt den Titel „Yang di pertuan bĕsar“ (der große Oberherr). Er leitet seinen Ursprung auf den alten sagenhaften Sultan Arimau zurück, der einst von Johore kommend den Rokan Kiri unterworfen und den Islam hier verbreitet hat. Er ist seiner Rasse nach jedenfalls ein Halbsakei. In Kunto finden sich am Mittellauf des Rokan Kiri, wie schon gesagt, noch reine Sakeis in den Kampong nan anam (sechs Dörfer), doch sind diese Sakeis mit mehr oder weniger Zwang zum Islam bekehrt worden; von ihren alten Sitten ist wenig oder gar nichts übrig geblieben.

III. Ramba. Ramba wird von vier Fürsten regiert. Der Primus inter pares ist der „Yang di pertuan bĕsar“, daneben der „Tungku bĕsar“ (Großfürst), der „Tungku pangliman“ (eigentlich Steuermann oder Lotse), und der „Yang di pertuan sakti“. Außer diesen vier Fürsten genießt der Chef der Suku anak radjah radjah, der Sutan Mahmut, fürstliche Macht und Ansehen. Die Fürsten reden

sich untereinander mit Mammak an. In Ramba gibt es sieben Sukus, die Suku nan seratus und die Suku anak radjah radjah. Die Namen der sieben Sukus sind:

1. Suku Malaju:

Induks, die nicht untereinander heiraten dürfen:

a) Bĕndaharo (Schatzkammer), b) Pekomo, — diese beiden Induks wechseln sich bei der Bestellung des Bendaharos ab,
c) Indo setio (der Treue),
d) Orang kaja mantri (der mächtige Minister),
e) Bintarå lelo (der freie Zeremonienmeister),
f) Paduku radjah (der Hochgeborene),
g) Paduku siramo,
h) Nahoda sutan (der Schiffsführer),
i) Bintara muda (der junge Zeremonienmeister).

2. Suku Pungkut:

Induks:

a) Temangan (stellt den Putschuk),
b) Bidji angså,
c) Madja indo,
d) Radjah setia muda.

3. Kuti:

Induks:

a) Paduku bĕsar (stellt den Putschuk),
b) Madjå nan anda,
c) Djolo angså,
d) Laksamana monti (der Flottenführer),
e) Lajamangkutu,
f) Radjah suwara.

4. Mĕndĕhaling:

Induks:

a) Orang kaja meradjo,
b) Paduku radjo,
c) Parmodå angså,
d) Mangkutu maradjo,
e) Radjah setia muda,
f) Laksamana mantri.

5. Bonor: Putschuk: Radjo mĕnampu und fünf Induks.
6. Kandang kapu (Zaun aus Kampferholz): Paduko Madjilelo (Freiherr) und elf Induks.
7. Hampu: Putschuk: Simaharadja und zwölf Induks.
8. Suku nan seratus: Putschuk: Siti radjo und zwei Induks.
9. Anak radjah radjah: Chef Sutan Mahmut und zehn Induks.

Der Botmäßigkeit der Fürsten von Ramba unterworfen sind auch die Kampong nan tudju, sieben Dörfer mit mandelingischer Bevölkerung.

Die Mandelinger haben heute das patriarchalische Erbrecht, doch geht aus allen ihren Sitten und Gebräuchen hervor, daß es sicherlich aus dem matriarchalischen entstanden ist. Ihre Familien heißen Marga, nicht Sukus wie bei den Malaien. Das Heiraten innerhalb einer Marga ist bei einer Strafe von einem Ochsen und 100 Scheffeln Reis verboten. Die Heirat geschieht durch Entführung. Will ein Mann ein Mädchen heiraten, so läßt er ihr irgend ein kleines Geschenk, ein Siriblatt oder eine Arekanuß anbieten. Nimmt sie das Geschenk an, so ist es ein Zeichen der Einwilligung, dann muß der Jüngling das Mädchen aus dem Hause ihres Vaters rauben (mĕlariken dada buruk). Er entführt dann das Mädchen in das Haus eines Freundes, dieser begibt sich dann zu dem Vater und verabredet den Djudjur (das Kaufgeld) mit ihm. Der Wert des Kaufgeldes beträgt je nach dem Stand des Vaters und der Schönheit und dem Alter des Mädchens zwischen 5 und 1000 fl. Der Kaufpreis darf übrigens in Raten abgezahlt werden. Die Frau tritt also vollständig in die Marga des Gatten über; die Kinder gehören der Familie des Gatten an; stirbt ein Mann, so muß der Bruder die Witwe heiraten (mĕgantikan tikar)[7]. Sind keine Brüder vorhanden, so geht die Frau in das Haus ihrer Eltern zurück;

[7]) Das Levirat.

die Kinder bleiben bei den Verwandten des Mannes. Wenn ein Mann sich scheiden läßt, so bleiben die Kinder bei ihm, ebenso auch alle Immobilien hartå dibagi (die bewegliche Habe wird geteilt), doch muß er etwa noch ausstehendes Kaufgeld ausbezahlen. Will die Frau sich scheiden lassen, so bleibt all ihr Gut sowie die Kinder in den Händen des Mannes, die Schwiegereltern müssen den Djudjur zurückzahlen und außerdem kann die Krappatan noch eine Strafe bis zu 300 Rupien (tabus dollar) verhängen.

Wenn ein Fürst sich mit der Prinzessin eines Nachbarstaates zu verehelichen gedenkt, so verlangt es der Adatt, daß er einen Dollar auf die Schlafmatte des Mädchens legt für die Dienerschaft, 5 Dollars muß er dem Türhüter geben, 8 dem Hüter des Zaunes und 9 beim Verlassen des Stadttores dem Vetter der Braut, abgesehen natürlich vom Djudjur. Daß der Vetter der Braut ebenfalls Anspruch auf ein Lösegeld hat, scheint mir ganz deutlich für frühere matriarchalische Gebräuche zu sprechen [8]). Heute ist die Margaeinteilung bei den Mandelingern durch eine geregelte Kampongeinteilung sehr verwischt. Ich lasse die Namen der acht Margas der Gemeinde Tangun hier folgen:

1. Nasutian (stellen den Radjah),
2. Kasibuan,
3. Daular,
4. Siregar,
5. Nadianginan,
6. Haraap,
7. Lubes,
8. Pakuti.

IV. Kapanuhan.

In Kapanuhan führt der Fürst gleichfalls den Titel „Yang di pertuan bĕsar“. Es gibt dort sieben alte Sukus,

[8]) Vielleicht deutet dies auch auf das frühere Vorhandensein von Altersklassen hin.

die sogen. Suku nan tudju, dann die Suku nan seratus, die Suku anak radjah radjah und zwei jüngere Sukus, die meistens aus nach Kapanuhan geflüchteten Landfremden bestehen.

Die Verhältnisse des fünften Rokanstaates Tembusai sind mir nicht genau bekannt, ich weiß nur, daß der Fürst ebenfalls den Titel „Yang di pertuan bĕsar“ führt und seinen Ursprung gleich dem Fürsten von Kapanuhan auf den Sultan Yangkut zurückführt, der seinerzeit den Rokan Kanan unterworfen und islamisiert hat. Ich möchte jedoch hinzufügen, daß der Fürst von Kapanuhan seinen Sakeiursprung allen seinen Maßen nach nicht verleugnen kann.

III. Der Sultanat Siak.

Während in den Rokanstaaten das Zünglein der Wage zwischen dem alten Adatt und dem Islam hin und her schwankt, ist in dem Sultanat Siak der Kampf vollständig zu Gunsten des Islams entschieden.

Nach den holländischen Quellen stammt der Sultan von Siak von buginesischen Seeräubern ab, er selber nennt sich mit Vorliebe einen Araber und Abkömmling des Propheten. Er ist ein beinahe gebildeter, liebenswürdiger Mensch mit guten Manieren, der schon längere Zeit in Europa war. Die holländische Regierung zahlt ihm ein monatliches Gehalt von alles in allem 20 000 fl. Der Sultan von Siak hat das Maternat in seinem Lande für die Großleute vollständig unterdrückt. Bei den Pungulus folgt der Sohn auf den Vater, bei den kleinen Leuten allerdings wird nach wie vor semendo gegeheiratet, d. h. der Mann tritt in die Familie der Frau ein, die Nächsterbberechtigten sind Bruder und Neffen und nicht die Kinder. Allerdings dürfen auch die Orang bĕsar (die Großleute) ihre Frauen nicht in fremde Ortschaften bringen; in dieser Beziehung hat noch immer der alte Adatt die Oberhand. Die Bestimmung über die Sakat, den Pandjung allas

und den Barang larangan sind dieselben wie in den Rokanstaaten. Die Sukueinteilung wird als politische Einteilung immer mehr verwischt durch geregelte Kampongeinteilung, freilich führt auch heute noch der Ortsvorsteher speziell in den Dörfern am Tapung Kiri und Tapung Kanan den Titel Bĕndaharo, doch ist er in seinen Machtvollkommenheiten sehr beschränkt, auch wird ja durch das aufgezwungene Paternat die alte Sukueinteilung direkt zerstört. Die höchste Strafe, die der Datu Bĕndaharo auferlegen kann, ist 20 fl.

Die Mammaks, deren Zahl in den Siakschen Gemeinden sehr beschränkt ist (der Sultan duldet nicht mehr wie vier, höchstens sechs in jedem Dorfe), haben eine Strafgewalt (U k u m) von 10 fl. Alle Verbrecher, die eine höhere Strafe verwirkt haben, werden nach Siak zur Aburteilung gebracht. Insofern ist allerdings das alte Feudalsystem noch erhalten, als jeder Untertan des Sultans direkt einem Orang bĕsar untersteht, der für ihn verantwortlich ist, aber die Macht der feudalen Herren, die in den Rokanstaaten oft die des Fürsten übertroffen hat, ist im Sultanat Siak vollständig gebrochen. Der Sultan setzt mißliebige Große nach freiem Ermessen ab; er hält sich nicht einmal insofern an die alten Adattbestimmungen, als er oft sogar Männer aus ganz anderen Familien, als im Adatt vorgesehen, in die betreffenden Aemter beruft. Die Sukuverfassung ist hier durch einen zielbewußten Despotismus zu einer vollständigen leeren Form heruntergedrückt worden.

Kritische Zusammenfassung.

Wenn wir jetzt rückblickend das oben Gesagte zusammenfassen, so sehen wir, daß an den Ufern des Siaks und des Rokans drei verschiedene Gesellschaftsformen existieren. Die halb anarchische Verfassung der Sakeis, die aber doch schon die ersten Spuren des Mutterrechts erkennen läßt, das streng-gefügte, auf matriarchalischer Grundlage aufgebaute Feudal-

system in den Rokanstaaten und die auf islamitischer Grundlage aufgebaute patriarchalische Despotie in Siak. Es läßt sich unschwer zeigen, daß von der ersteren zur letzteren eine ununterbrochene Linie der Entwicklung führt, ja noch mehr, ich glaube, daß gerade bei den außerordentlich tiefstehenden und in allen ihren Kennzeichen sehr primitiven Sakeis sich vielleicht leichter als bei anderen Stämmen die Entstehung der Familien, Sippen und größeren Verbände nachweisen lassen wird. Die Theorie von der blutsverwandten Horde mit allgemeiner Promiskuität kann wohl als erledigt betrachtet werden. Es wäre ja auch merkwürdig, wenn unter allen höheren Tieren nur der Mensch nicht den primären Instinkt des Abscheues vor der Blutschande besäße. Ueberall in der Natur sehen wir Einrichtungen oft von raffinierter Kompliziertheit getroffen, welche Inzucht verhindern soll. Es ist also gar nicht einzusehen, warum bei den primitivsten Menschen dieser Abscheu nicht auch vorhanden sein soll. Ich glaube, daß überhaupt die ersten Menschen gar nicht in Horden gelebt haben, sondern derart, wie wir es bei vielen höheren Affen, den Orang Utans und Gibbons finden. Ich habe diese Affen nie anders als zu dreien oder vieren getroffen, Vater, Mutter und ein bis zwei Kinder. Nehmen wir nun an, daß die primitivsten Menschen im Anfang in genau so kleinen Verbänden zusammen gewesen sind. Der Inzest war durch primäre Instinkte verboten. Es wanderten also bei der Geschlechtsreife die männlichen Kinder aus, um bei benachbarten Familien geschlechtsreife Weibchen zu suchen. Man verzeihe mir hier eine etwas gewagte Analogie. Ueberall in der Natur, von den Keimzellen angefangen, ist das weibliche Element das ruhende, das, welches aufgesucht wird, das männliche das schweifende, das, welches sucht. Daß die Kinder bei der Mutter bleiben, ist ja schon durch die größere Gewöhnung der Kinder an die Mutter verständlich, von der sie ja in den ersten Jahren ihres Lebens auch die Nahrung beziehen. — Es ist ja bekannt, daß bei den primitiven Völkern die Kinder

oft bis zum dritten Lebensjahre gestillt werden. — Ich habe selbst oft gesehen, wie dreijährige Kinder, die vergnügt vor dem Hause spielten, zur Mutter liefen, um zu trinken. Auch bei den Affen sehen wir, daß immer, wenn Junge mit einem Erwachsenen zusammen sind, es die Mutter ist. Von diesem Standpunkt aus ist die Entstehung des Mutterrechtes als primitivste Familienform ganz ungezwungen verständlich. Wie dann die primitive Wirtschafts- und Kulturform die Erhaltung und Stabilierung des Mutterrechtes begünstigt, kann man auch wieder bei den Sakeis sehr gut beobachten. Es ist ein alter Aberglaube, daß die primitivsten Menschen vom Zustand der nomadisierenden Jäger und Fischer erst Viehzüchter und dann Ackerbauer geworden seien und daß der Mann überhaupt mehr für die tierische, die Frau mehr für die pflanzliche Nahrung gesorgt hätte. Die Sakeis beispielsweise sind überhaupt nie Viehzüchter gewesen, und das einzige Tier, das halb zahm bei ihnen geworden ist, das Huhn, fällt gerade der Pflege der Frau anheim. Der Ackerbau dagegen könnte von der Frau allein gar nicht betrieben werden, weil in den dichten Urwäldern Sumatras dem Bestellen des Ackers die schwere Arbeit des Holzfällens vorangeht. Wahrscheinlich die erste Frucht, welche die Sakeis angebaut haben, ist Tapioka und später Mais, Reis erst in der allerletzten Zeit. Der Ackerbau geht, wie wir oben schon sahen, so vor sich, daß erst etwa 10000 Quadratklafter Wald geschlagen, dann das Holz verbrannt und nun der Acker bestellt wird. Derartige Aecker können natürlich nur ein Jahr, in sehr günstigen Gegenden aber zwei Jahre hindurch bestellt werden, dann wird der Acker verlassen, der Wald kommt wieder über ihn herüber und ein neues Stück Wald muß geschlagen werden. Was ist da natürlicher, als daß die junge Mannschaft am weitesten in die Ferne zieht, um neuen Ackergrund zu gewinnen? Ebenso natürlich ist es, daß die Töchter bei den Eltern bleiben. Nachdem wir von diesem Gesichtspunkte aus die Entstehung und Erhaltung des Mutterrechtes

bei den Sakeis zu verstehen gesucht haben, betrachten wir jetzt einmal die spezielle Einrichtung dieser Stämme näher.

Die Einteilung des gesamten Volkes der Sakeis in zwei große Gruppen, die Batin Selapan und die Batin Lima, erinnert sehr an die zwei Phratrien, die wir bei vielen Australstämmen finden. Die alten vormalaiischen Namen habe ich leider nicht in Erfahrung bringen können; von einer Einteilung in Altersklassen habe ich nichts bemerken und auch von Totemismus habe ich nichts entdecken können. Die einzelnen Stämme, in welche die beiden großen Gruppen zerfallen, führen ihre Namen meistens von Flüssen und auch die Sukus der Malaien sind meistens nach Flüssen, Bergen oder Ortschaften benannt. Ob freilich die beiden großen Gruppen, die Phratrien, das Ursprüngliche und erst später sekundär in die einzelnen Gentes zerfallen sind, oder ob umgekehrt zuerst die Gentes vorhanden waren und sich erst sekundär zu Phratrien zusammengeschlossen haben, läßt sich so ohne weiteres nicht entscheiden. Auf der einen Seite ist z. B. die Gens des Batin Madjilelo abermals in drei Untergentes zerfallen, auf der anderen Seite aber kenne ich bei einem Nachbarstamm der Sakeis eine Sage, die für das Entstehen großer Phratrien aus kleinen Gentes spricht. An den linken Nebenflüssen des mittleren Siak bis herunter zum Kamparflusse wohnt ein auch noch gänzlich unbekannter Stamm, die Orang Talang. Ich bin dorthin nur ganz flüchtig gekommen und kann daher nicht viel Genaues über die Leute aussagen, nur so viel weiß ich, daß sie dolychozephal bis mesozephal sind und langes, gelocktes Haar haben. Einer meiner Jungen, der diesem Stamme angehört, hat mir nun folgende Sage erzählt: Ein Mann von der Suku Pĕtapahang hatte ein Antukind weiblichen Geschlechtes gefangen und in Gemeinschaft mit einem Manne aus der Suku Kasip aufgezogen. Als es groß geworden war, wollte er sowohl wie ein Jüngling aus der Suku Kasip das Antukind heiraten. Es kam zu Streitigkeiten deswegen und sie beschlossen den Gegenstand des Streites — das Antu-

kind — zu töten. Da aber meinte der Mann aus der Suku Pĕtapahang, es wäre doch schade, das Kind, mit dem sie so viel Mühe gehabt hätten, zu töten, sie sollten es lieber einem Jüngling einer anderen Suku zur Frau geben. Da kam ein Mann aus der Suku Palas des Weges und den fragten sie, ob er wohl ein Mädchen heiraten wolle; der war des wohl zufrieden und sie gaben ihm das Antukind zur Frau, und damit nie wieder Streitigkeiten wegen einer Frau zwischen den Sukus Pĕtapahang und Kasip entstehen könnten, schlachteten sie eine Ziege, tranken ihr Blut und vereinigten sich miteinander und mit der Suku Palas zu einem großen Stamm, den sie Pia Stenga nannten (Stenga gleich die Hälfte, weil das Antukind ja halb von der Suku Pĕtapahang, halb von der Suku Kasip aufgezogen war). Diese Sage stellt offenbar die Erinnerung von der Verschmelzung dreier Gentes zu einer Phratrie dar. Am wahrscheinlichsten scheint es mir, daß im Anfang die großen Phratrien aus dem Zusammenschluß kleinerer Verbände entstanden sind, daß aber anderseits auch sehr oft, wenn eine Suku zu groß geworden und die Heiratsbeschränkung als zu lästig empfunden wird, sie sich in zwei oder mehrere Teile zerspaltet. Bei den Orang Talangs gilt innerhalb der aus drei Sukus bestehenden Phratrie Pia Stenga das absolute Heiratsverbot. Bei den Batins ist heute jedenfalls die Heirat nur innerhalb der Gens beschränkt, nicht innerhalb der Phratrie.

Bei den Orang Talangs habe ich übrigens auch die letzten Spuren von Vergesellschaftung der Männer gefunden. Wenn nämlich ein Mann krank ist, versammeln sich sämtliche Männer des Stammes um ihn und suchen durch Tänze und Beschwörungen die bösen Geister zu vertreiben. Diese Sitte ist so heilig, daß es mir unmöglich war, bei den Talangs Träger für mein Gepäck zu bekommen, weil gerade ein Mann krank war und keiner der Leute seine Pflicht versäumen wollte. Sonst habe ich von Männergesellschaft kaum noch etwas finden können, nur die in allen Dörfern vorhandenen Baleis (Ge-

meindehäuser), in denen auch die Trommeln und Zaubergerätschaften verwahrt werden, und die auch als Herbergen dienen, erinnern daran, daß wohl auch hier einst die Männerbünde existiert haben. Bei den Sakeis und den übrigen halbmalaiischen Völkerschaften Zentral- und Ostsumatras liegt die Fähigkeit der Antubeschwörung in den Händen ganz bestimmter Personen, der sogen. Kommĕntans, und ist in gewissen Familien erblich. Irgendwelch besonderes Ansehen genießt der Kommĕntan übrigens nicht, auch die Häuptlinge, die Batins, erfreuen sich keiner allzu großen Machtvollkommenheit. Es liegt dies schon daran, daß die Niederlassungen der einzelnen Stämme durch die besondere Art der Bodenbestellung über weite Strecken oft stundenweit zerstreut liegen.

Ein wichtiger Fortschritt ist nun der Uebergang zum Mais- und Reisbau. Tapioka zu pflanzen ist keine große Anstrengung und kann von kleineren Familien leicht ausgeführt werden. Der Mais- und Reisbau erfordert schon intensivere Pflege und Arbeit und da lag der Gedanke nahe, daß die verwandten Familien bei der Ackerbestellung sich gegenseitig unterstützen und helfen. Dadurch kommt es ganz von selbst zu einem engeren Zusammenschluß der Sippen und dieser engere Anschluß erhöht natürlich wieder die Macht des Sippenhauptes, da mit dem größeren Zusammenschluß natürlich auch Streitigkeiten etc. häufiger werden müssen. Bei den Sakeis entspricht heute noch jedes Dorf einer Suku. Wenn sich dann mehrere Sippen zu größeren Verbänden zusammenschließen, dürfen wir hierin die ersten Anfänge der Staatsbildung erblicken, deren höchste Entwicklung uns die mutterrechtlichen Feudalstaaten zeigen, wie wir sie an den Ufern des Rokans kennen gelernt haben. Es ist nun außerordentlich interessant zu beobachten, wie diese auf mutterrechtlicher Basis aufgebauten Feudalstaaten in ihrem Wesen so absolut den patriarchalischen Staaten Europas, speziell Deutschlands im Mittelalter gleichen. Hier wir dort sind die eigentlichen Träger des Staatsgedankens, die eigentlichen

Grundbesitzer und Herren des Landes, die Notablen. Die Bauern, die eigentlich produktive Klasse, ist hier wie dort auf den Zustand der Hörigkeit herabgedrückt. Daß es in den sumatranischen Staaten außerdem noch Sklaven gibt, darf die Analogie nicht stören. Ja es geht so weit, daß wie in den mittelalterlichen Feudalstaaten Europas die Bauern Leibeigene genannt wurden, sie in Sumatra anak buah oder anak porud genannt werden (auf deutsch: Leibeskinder, und zwar die erste Bezeichnung in Hinsicht auf den Vater, die zweite in Hinsicht auf die Mutter). Es wirft sich da die interessante Frage auf, ob in dem Ausdruck Leibeigene der erste Teil des Wortes Leib vielleicht gar nicht objektiv, wie allgemein angenommen, sondern subjektiv gedacht ist. Das Verbot der Freizügigkeit, wenigstens in bestimmten Grenzen, das Jus primae noctis, die Fronpflicht, anderseits wieder die Sorge der Herren um ihre Untertanen — es ist wirklich hier wie dort ganz das gleiche. Und wie sich bei uns noch heute der letzte weibliche Sproß eines Fürstenhauses nach salischem Recht mutterrechtlich verheiraten muß, so heiratet dort der letzte Sproß bei Aussterben des Weiberstammes nach patriarchalischem Brauch. Es scheint mir diese geradezu verblüffende Uebereinstimmung, die auf ganz verschiedener Basis erreicht ist, ein Zeichen dafür zu sein, wie eng begrenzt die Mittel des menschlichen Verstandes sind, daß im Grunde genommen gewisse Formen immer und immer wiederkehren müssen und daß die Entwicklung, wie auch immer die Anfänge sind, doch immer in ganz bestimmte Bahnen geleitet werden muß.

Die Ackerbestellung, wie wir sie in obigen Zeilen kennen gelernt haben, heißt die Ladangbestellung. Haben wir nun in der Ladangarbeit die Ursache kennen gelernt, die kleine, verstreute Familien veranlaßte, sich zu Sippen und größeren Verbänden zusammenzuschließen, so sind es zwei Faktoren, welche den ersten Anstoß zur Vernichtung des matriarchalischen und zur Bildung des patriarchalischen Gemeinwesens geben. Das sind der Islam und die Sawabestellung.

Diejenigen Völker, die noch auf dem Stadium der Ladangbestellung stehen, sind ja eigentlich noch keine Ackerbauer, sondern nur Fruchtbauer; irgendwelche intensivere Kunst des Ackerbaues ist ihnen fern. Ein Zusammenschluß der verstreut wohnenden Familien zum Zusammenwohnen in Dörfern ist nicht nur nicht erwünscht, sondern direkt sehr unbequem. Man muß bedenken, daß im besten Falle, und zwar nur auf sehr gutem Boden, der Ladang nach zwei Jahren gewechselt werden muß und daß man frühestens nach sechs bis acht Jahren wieder auf die verlassenen Felder zurückkehren kann, so lange dauert es, bis der Wald so hoch geworden ist, daß der Acker genügend Humus erhält. Die Leute sind also im Herumziehen zwar beschränkt, aber doch eigentlich noch nomadisierende Völker. Wenn sie jetzt zur Sawabestellung übergehen, ändert sich das Bild mit einem Schlage. Unter Sawabestellung versteht man das Anbauen von Reis nach vorangehender künstlicher Ueberschwemmung des Bodens. Durch die Sawabestellung werden die Menschen in den Stand gesetzt, denselben Acker jahraus und jahrein zu bebauen; es fehlt also der Grund zum Umherziehen, und um sich gegenseitig helfen zu können, wird es vorteilhaft sein, möglichst nah beieinander zu wohnen; so entstehen geregelte Kampongs. Der Vorsteher eines Ortes wird in der Regel das Haupt einer besonders mächtigen der dort wohnenden Sippen sein. Man wird das Ausziehen der jungen Leute nach anderen Orten ungern sehen, da dadurch Arbeitskräfte verloren gehen, anderseits wird man die in den Ort einwandernden jungen Mannschaften mit allen Mitteln zu halten suchen, denn je mehr Arbeitskräfte zur Verfügung stehen, desto besser für die Notablen. So wird nach und nach eine geregelte Kamponggeinteilung an Stelle der Sukuverfassung entstehen. Ein gutes Beispiel sind die Mandelinger, bei denen die Sawabestellung schon fast ganz allgemein geworden ist und die durchweg zum patriarchalischen Adatt übergegangen sind. Ein mächtiger Bundesgenosse, oft schon ein Vorläufer in diesem Kampfe

zwischen mutterrechtlicher und vaterrechtlicher Verfassung, ist der Islam, dessen Werbekraft unter den wilden und halbwilden Völkern Asiens und Afrikas ja ganz ungeheuer ist. Der Koran erklärt das Maternat schlechtweg als Sünde. Die Frau spielt in der Auffassung der heiligen Schrift der Moslims eine ganz untergeordnete Rolle, sie drückt sie ganz zum Haus- und Geschlechtstierchen herunter. Freilich würde bei dem großen Beharrungsvermögen der malaio-australischen Rasse, bei deren starrem Festhalten am Hergebrachten und endlich bei ihrem großen religiösen Indifferentismus, der seinen tiefsten Grund wohl in dem Mangel an Phantasie hat, der Islam allein niemals den Sieg über den alten Adatt davongetragen haben. Das beste Zeichen dafür sind die schweren, sogen. Padrikämpfe, die in den Dreißigerjahren des vorigen Jahrhunderts zwischen den Anhängern des Islams und des alten Adatts in Zentralsumatra gewütet haben. Hier gibt eben die durch die Sawabestellung notwendig gewordene feste Kampongeinteilung den Ausschlag. Es ist sehr charakteristisch, daß die ersten, die vom matriarchalen zum patriarchalischen Recht übergehen, die Fürsten und Großen sind. So ist z. B. in Ramba und Kapanuhan, deren Verfassung doch sonst absolut mutterrechtlich ist, die Thronfolge bereits vaterrechtlich geregelt, während die Fürsten der drei anderen Rokanstaaten noch nicht so weit sind. Der Wunsch, Macht und Reichtum auf diejenigen zu vererben, die dem Herzen der Betreffenden am nächsten stehen, die ihr eigen Fleisch und Blut sind, hat dabei natürlich eine gar nicht zu unterschätzende Rolle gespielt. Die materialistische Weltauffassung, die in den letzten Dezennien des vorigen Jahrhunderts so arg im Schwunge war und so viel Verwirrung angerichtet hat, trägt die Schuld, daß diese ethischen und imponderabilen Gesichtspunkte zu Gunsten der rein wirtschaftlichen vielleicht zu sehr vernachlässigt worden sind.

IX.

Recht der Kissibaleute (Bezirk Bukoba[1]).

Erhoben durch Befragung des Eingeborenen Lwamgira an der Hand des Kohlerschen Fragebogens[2]).

Von

Landrichter **H. Autenrieth** in Stuttgart.

Mit 1 Abbildung.

I.

Es besteht Vaterrecht; alle Kinder folgen der Familie des Vaters.

II.

Das Vermögen erbt vom Vater auf den Sohn, nicht vom Oheim auf den Neffen. Haupterbe ist der älteste Sohn, bevorzugt ist auch der jüngste Sohn.

---

[1]) Ich hatte im Dezember 1907 in Bukoba Gelegenheit, mich durch Befragen eines intelligenten, Kisuaheli sprechenden, über das Recht seines Stammes — der Wassiba — unterrichteten Eingeborenen über eines der Stammesrechte der Bantuneger einigermaßen zu orientieren. Ich weiß wohl, daß das Ausfragen eines Einzelnen zur Konstatierung eines Stammesrechts nicht genügt. Immerhin können meine Aufzeichnungen, die ich absichtlich in ihrer ursprünglichen Form gelassen habe, als Material dienen. Die Wassiba wohnen in der Landschaft Kissiba am Einfluß des Kagera in den Viktoriasee und gehören zu der Gruppe von Bantunegern, die man — ethnographisch anfechtbar — als Waheia bezeichnet.

[2]) [Zeitschr. f. vergl. Rechtsw. XII, S. 427 f. — Kohler.]

Frage: Ein Vater stirbt mit Hinterlassung von 5 Söhnen und 100 Rupies Vermögen; wie wird er beerbt?

Antwort: Es erbt der älteste Sohn (mtoto kwanza) 50 Rs., die 4 anderen zusammen auch 50 Rs., und zwar der jüngste (mtoto mdogo) 20 Rs., die 3 anderen je 10 Rs.

Auf Frage: Die Söhne werden den Töchtern vorgezogen. Wenn keine Abkömmlinge vorhanden sind, erbt der Sultan.

Frage: Ein Vater stirbt mit Hinterlassung folgender 5 Kinder, dem Alter nach aufgezählt: 1. Tochter A, 2. Sohn B, 3. Tochter C, 4. Sohn D, 5. Tochter E. Wie gestaltet sich das Erbrecht?

Antwort: Haupterbe ist der Sohn B, nach ihm Sohn D, etwas (aber nicht viel) erbt auch die älteste Tochter A, weil das einmal so desturi (Rechtssitte) ist; die beiden Töchter C und E erben nichts.

Frage: Wie ist die Verteilung, wenn der Vater 100 Rs. hinterläßt?

Antwort: B 60 Rs., D 35 Rs. und A 5 Rs.

Frage: Wie, wenn folgende Kinder vorhanden sind: 1. Sohn A, 2. Sohn B, 3. Tochter C, 4. Tochter D, 5. Tochter E?

Antwort: Sohn A ist Haupterbe, Sohn B weiterer Erbe, Tochter C erbt auch etwas, wenn sie aber dumm („nicht geschickt“, hapana akili) ist, so erbt die nächste Tochter statt ihrer.

Frage: Wer bestimmt es denn, daß die Tochter C zum Erben zu dumm ist?

Antwort: Das bestimmt der Bruder (ndugu) des Vaters oder es kann das auch der Vater zu Lebzeiten bestimmen.

Frage: Kann der Vater auch das Erbrecht der Söhne abändern?

Antwort: Ja, er kann sagen: ich will nicht, daß mein Aeltester das Vermögen hat, ich will, daß es der Jüngste hat.

Frage: Kann er auch den zweiten oder dritten Sohn als Alleinerben bestimmen?

Antwort: Ja, ganz wie er will.

Frage: Auf welche Art und Weise trifft er denn diese Bestimmung?

Antwort: Er sagt es kurz vor seinem Tode seinem Bruder (ndugu).

Frage: Wenn er keinen Bruder hat?

Antwort: —? — Der Befragte ist im Zweifel: er antwortet zuerst „bibi“ (Ehefrau), korrigiert sich dann aber selbst und behauptet, der katekiro (Vertreter der Obrigkeit) nehme in solchem Fall den letzten Willen entgegen.

Frage: Genügt es, daß der Erblasser seinen letzten Willen seinem ndugu sagt oder muß noch irgend eine Form beobachtet werden?

Antwort: Kusema tu (einfaches Sagen genügt).

Anmerkung: Die Erbquoten scheinen keine festen, gewohnheitsrechtlichen Quoten zu sein, sondern Angaben des Befragten darüber, was er etwa für billig hielte.

III.

Der Ehemann und Vater ist das Haupt der Familie. Frau und Kinder können nicht verkauft werden. Verpfänden kann das Familienhaupt die Kinder, aber nicht die Frau.

Frage: Du hast mir doch gestern von einem Pfandrecht an der Frau erzählt und jetzt sagst du, die Frau könne nicht verpfändet werden?

Antwort: Die Frau ist Pfand, wenn sie der katekiro wegnimmt, weil kein mali (Vermögen) da ist, aber der Mann kann sie nicht selbst verpfänden. (Also: die Frau unterliegt dem Pfändungspfandrecht, aber nicht dem Vertragspfandrecht).

Frage: Kann der Vater die Kinder auch vermieten oder verleihen?

Antwort: Der Vater kann die Kinder zur Arbeit einem anderen geben, aber nicht ums Geld, sondern es ist dies Freundschaftssache (kasi ya rafiki).

Frage: Gibt es einen Namen für Vater, Mutter und Kinder (deutsch: Familie)?

Antwort: In Kisuaheli nicht.

Frage: In Kiheia?

Antwort: Ja, miando, doch sind damit alle Leute im Haus, auch Sklaven u. s. w. gemeint.

Frage: Schädelverehrung?

Antwort: Nein. Findet so etwas komisch.

IV.

Vor der Geburt des Kindes muß sich der Vater enthalten, von anderen zu trinken, das heißt also z. B. einen Schluck pombe (Bier) aus der Flasche eines anderen zu nehmen. Eßverbote bestehen nicht.

Frage: Wie lang vor der Geburt soll sich der Vater des Trinkens von anderen enthalten?

Antwort: So etwa 8 bis 10 Tage vor der erwarteten Geburt.

Frage: Muß der Vater nach der Geburt sich bestimmten Vorschriften unterwerfen?

Antwort: Das ist in verschiedenen Kabilen verschieden; in manchen Kabilen muß sich der Mann 8 Tage nach der Geburt des Kindes der Frau enthalten, in anderen nicht.

Von sonstigen Förmlichkeiten, die der Mann einzuhalten hätte, ist mir nichts bekannt. Keine Couvade.

V.

Frage: Du hast von Kabilen gesprochen. Gibt es viele Kabilen bei den Waheia?

Antwort: Ja, sehr viele.

Frage: Hat jede Kabile ein besonderes Tier oder einen besonderen Gegenstand als Totem?

Antwort: Ja, früher war das so, jetzt nicht mehr. Früher durfte z. B. eine Kabile Schlangen nicht töten.

Frage: Ich habe mir sagen lassen, allen Waheia sei ein Vogel gemeinsam heilig.

Antwort: Ja, alle Waheia töten einen bestimmten Vogel nicht. Er heißt in Kisuaheli nkunia und in Kiheia kaniamnuya.

Anmerkung: Ich ließ mir den Vogel zeigen; es ist eine Bachstelze.

Frage: Wie wird dieser Vogel verehrt?

Antwort: Wenn er tot aufgefunden wird, so wird er von den Kissibaleuten in ein Stück Rindentuch gewickelt und wie ein Mensch begraben.

Frage: Nenne mir ein paar Kabilen.

Antwort: Ich weiß keine.

Frage: Dann will ich dir ein paar nennen: ntoa (= Kronenkranich), chikona (= Rabe), malere (= Geier), chioia (= Ente).

Antwort: Davon sind mir die drei ersten bekannt; außerdem nenne ich die Schlange und die Heuschrecke (aber nicht die große Wanderheuschrecke, sondern eine kleine Art).

Die Kabile der Heuschrecken darf z. B. keine Heuschrecken essen, während die Angehörigen anderer Kabilen dies tun. Das Kind folgt der Kabile des Vaters.

Anmerkung: Die Auskunftsperson gibt offenbar nicht gern Auskunft über Totemismus.

VI.

[Sonstige Geschlechterverbände?] Nein.

VII.

Vater (baba in Kisuaheli) heißt in Kiheia tata.
Mutter (mama in Kisuaheli) heißt in Kiheia mave.

Vatersbruder heißt in Kiheia tatento, das heißt wörtlich in Kisuaheli übersetzt baba mdogo = der kleine Vater. Dabei ist es gleichgültig, ob der Vatersbruder älter oder jünger ist als der Vater. (tata = Vater, to = klein.)

Vatersschwester heißt in Kiheia tatenkasi (tata = Vater, kasi = mke in Kisuaheli = Frau).

Muttersbruder heißt in Kiheia mesheidja; mesheidja ist entstanden aus mavesheidja, mave = Mutter, sheidja (musheidja) = mume in Kisuaheli = Mann.

Der Sohn meines tatento heißt in Kiheia murumuna = ndugu in Kisuaheli = Bruder.

Frage: So heißt doch wohl der Sohn deines Vaters?

Antwort: Jawohl, aber ich heiße auch den Sohn meines Vatersbruders meinen Bruder (murumuna). Ganz ebenso heiße ich auch die Tochter meines Vatersbruders gleichwie die Tochter meines Vaters meine Schwester, nämlich in Kiheia munianiasi. Der Sohn meiner Vatersschwester dagegen heißt in Kiheia muiva und ganz ebenso, nämlich muiva, heißt auch die Tochter meiner Vatersschwester.

Auf Frage: Den Sohn meines Bruders nenne ich meinen Sohn, seine Tochter nenne ich meine Tochter. Den Sohn meiner Schwester dagegen nenne ich nur muiva und ebenso deren Tochter.

Frage: So nennst du ja, wie du sagst, den Sohn und die Tochter der Schwester deines Vaters.

Antwort: Und auch den Sohn und die Tochter meiner Schwester, da ist kein Unterschied.

Frage: Was heißt Großvater?

Antwort: Tatenkuru (tata = Vater, kuru = kubwa in Kisuaheli = groß).

Frage: Was heißt Großvatersbruder?

Antwort: Auch tatenkuru.

Auf Frage: Auch meine Schwester bezeichnet den Bruder

unseres Vaters als tatento u. s. f. Da ist kein Unterschied, ob eine männliche oder eine weibliche Person spricht.

VIII.

[Ehe auf Zeit?]

Scheint es nicht zu geben. Die Auskunftsperson beginnt immer wieder von Scheidung zu reden. Eine Verständigung glückt nicht.

IX.

[Scheinehe?]

Nein.

X.

[Gruppenehe?]

Nein.

XI.

Vielweiberei besteht.

Frage: Ist eine Grenze der Anzahl der Weiber gesetzt?

Antwort: Haizuru (es schadet nichts), wie viele Weiber einer hat.

Auf Frage: Desturi: killa bibi nyumba (Rechtssitte: jede Frau ein Haus).

Die Kinder sind je im Hause der Mutter.

Auf Frage: Eine Frau hat eine besondere Stellung: es ist dies die mukasi mukuru. (mukasi = Frau, mukuru = groß).

XII.

Die Vorteile der „Großfrau“ sind weniger Vorrechte als Vorteile faktischer Natur, z. B. bessere Hütte, besseres Essen u. dergl. Eigentliche Rechte hat die Hauptfrau vor den übrigen Frauen nicht voraus. Ebensowenig haben die Kinder der Hauptfrau Vorrechte.

XIII.

Es besteht strenge Exogamie.

Niemand darf eine Frau der eigenen Familie und der eigenen Kabile heiraten. Es ist auch nicht desturi (Rechtssitte), die Ehe mit einer Cousine oder Nichte einzugehen.

Das jüngere Kind hat nicht das Recht (hapana rukhsa), zu heiraten, bevor das ältere Kind verheiratet ist.

Frage: Was ist die Folge, wenn das jüngere Kind vorher heiratet?

Antwort: Hapana adabu lakini hapana zuri (es steht keine Strafe darauf, aber schön ist es nicht).

XIV.

Frage: In welchem Alter wird die Ehe geschlossen?

Antwort: Haizuru (das schadet nichts.)

Eine besondere Vorschrift oder ein besonderes Verbot besteht nicht. Faktisch heiratet der Mann etwa im 20. Lebensjahr. Das Mädchen ist meist jünger, etwa 15 Jahre.

Anmerkung: Die Waheia kennen, wie mir scheint ausnahmslos, ihr Alter nicht und sind meist sehr überrascht, wenn von ihnen verlangt wird, zu sagen, wie viel Jahre sie alt sind.

Frage: Ist die Verlobung vor der Ehe bekannt?

Antwort: Ja, sie heißt auf Kiheia kusherera. Die Verlobung geht der Ehe etwa 1—2 Monate voraus, unter Umständen auch länger, aber nicht etwa 10 Jahre; sogen. Kinderverlobung ist nicht bekannt. Nach der Verlobung darf das Mädchen den Mann, den es heiraten soll, nicht sprechen und nicht öffentlich sehen, aber heimlich sieht sie natürlich nach ihm.

XV—XVIII.

Der Vater eines Mannes, der heiraten will, geht zum Vater des Mädchens und macht mit diesem shauri (Beratung).

Nach der Einigung im shauri und durch sie findet die Verlobung statt. Vorher wird vielfach der Zauberer befragt, ob das Mädchen paßt. Von seinem Ausspruch wird dann das weitere Vorgehen abhängig gemacht. In dem shauri wird der Frauenkaufpreis vereinbart.

Nach der Verlobung geht der Vater des Bräutigams zum Vater des Mädchens und sagt: „Der Bräutigam möchte gern schnell heiraten." Darauf sagt der Vater der Braut: „Warte noch 1 oder 2 Monate". Darauf wird diese Frist gewartet. Nach Ablauf der Frist kommt der Vater des Verlobten wieder und sagt nochmals: „Aber jetzt möchte der Bräutigam heiraten". Darauf sagt der Vater der Braut: „Warte noch einmal 2 Monate." Darauf „anakwenda polepole na anachukua bibi" (darauf geht der Bräutigam heimlich [polepole = sachte, langsam] weg und führt das Weib mit sich).

Frage: Wie geht es denn bei dieser Wegnahme des näheren zu?

Antwort: Die Wegnahme ist kein Ernst, sie ist verabredet.

Der Bräutigam kommt zu diesem Zweck zu einer vorher bestimmten Stunde in Begleitung einer Schar von Personen, namentlich seiner Verwandten und Freunde, darunter 2 Personen, die im Verlauf der Zeremonie bestimmte Worte zu sprechen haben, in das Haus des Vaters des Mädchens. Er wird von den Verwandten des Mädchens, die versammelt sind, begrüßt und er fordert nun das Mädchen, die auf dem Boden hockt, auf, mit ihm zu gehen.

Allein 2 hierzu bestimmte Personen von den Verwandten und Freunden des Mädchens sagen zu ihm: „Keine Erlaubnis! (hapana rukhsa!)" Nunmehr sagen die 2 oben erwähnten Begleiter des Bräutigams zu dem Mädchen: „Steh auf!"

Sie steht aber nicht selbst auf, sondern der Bräutigam faßt die Braut, nimmt sie in die Höhe und führt sie fort in seine Hütte, wo sie von da ab bleibt.

Die Hochzeitsfeier schließt sich an die Entführung an und besteht in Tanzen, Essen und Trinken.

Der Zauberer wirkt bei der Hochzeit selbst nicht mit, er wird, wie gesagt, vielfach vorher, d. h. bevor der Heiratslustige die ersten Schritte tut, befragt.

Die ganzen Entführungszeremonien sind aber nur ein Scherz, das kannst du aus folgender Geschichte, die passiert ist, ersehen: Einer wollte ein Mädchen haben und schickte seinen Vater zum Vater des Mädchens. Die beiden Alten machten shauri, aber der Vater des Mädchens sagte schließlich: Ich will nicht. Damit sollte nun eigentlich die Sache aus sein, denn bei uns ist die Entscheidung des Vaters allein maßgebend und das Mädchen wird gar nicht gefragt. Allein der unglückliche Liebhaber konnte sich nicht beruhigen und steckte sich hinter die Tante des Mädchens, diese sollte das Mädchen bewegen, zu ihm zu kommen. Die Tante sprach mit dem Mädchen, das Mädchen sagte aber: Nein. Da sprach die Tante nochmals mit dem Mädchen und dieses fügte sich, weil es die Tante so wollte und die Tante eine Respektsperson ist. Zeit und Stunde der Entführung wurde verabredet und zur bestimmten Zeit holte der Liebhaber das Mädchen aus dem Hause ihres Vaters. Das Mädchen sträubte sich etwas, aber nur zum Schein. Der Liebhaber nahm das Mädchen mit in sein Haus und dort lebten sie wie Mann und Frau. Natürlich hielt der Frauenräuber das Mädchen versteckt. Als der Vater das Mädchen nicht finden konnte, wandte er sich an den katekiro. Dieser fand das Mädchen im Hause des Frauenräubers. Er nahm das Mädchen und gab es wieder seinem Vater. Der Liebhaber aber wurde bestraft und hatte das leere Nachsehen.

Hieraus kannst du sehen, daß bei uns die Ehe nicht durch Raub der Frau geschlossen wird, denn im vorliegenden Fall wurde doch die Frau geraubt und es entstand trotzdem keine Ehe.

Auf Frage: Das wesentliche bei der Eheschließung ist

vielmehr der Kauf. Der bei der Verlobung vereinbarte Preis ist vor den Hochzeitszeremonien zu bezahlen. Er beträgt in der Regel 18—20 Rs. oder ein Rind, bei reichen Leuten auch mehrere Rinder.

Bei den Kissibaleuten sind Ziegen kein Ehekaufpreis, wohl aber bei anderen Stämmen der Waheia.

Der Preis kann nicht abverdient werden, er muß bezahlt werden.

Das Hochzeitsfest kann vielleicht vor der Zahlung stattfinden, aber keinesfalls bleibt die Frau in der Hütte des Hochzeiters, bevor dieser bezahlt hat; vorher bleibt sie in der Hütte ihres Vaters.

XIX.

Frage: Wer kann die Frau zur Ehe geben?

Antwort: Der Vater der Frau, nicht deren Oheim. Letzterer nur, wenn der Vater tot ist. Die Frau wird überhaupt nicht gefragt. Der Kaufpreis wird unter viele verteilt. Von einem Kaufpreis von 20 Rs. erhalten folgende Personen etwa folgende Beträge:

Der Vater der Frau zirka 4 1/2 Rs.

Die Mutter der Frau Rindenstoffe und Hacken im Werte von vielleicht 2 1/2 Rs. und vielleicht auch Geld in der Höhe von 2 Rs.

Die Brüder der Frau je 1 R.

Die Onkel der Frau je 1/2 R., soweit sie tatento sind.

Die Onkel der Frau je 3/4 R., soweit sie mesheidja sind.

Die tatenkasi 3/4 R.

Die Großmutter der Frau 20 Heller.

Der Sultan 1 R.

Der katekiro 1/2 R.

Die 2 Personen, welche bei der Hochzeit „hapana ruksha“ sagen mußten, je 20 Heller.

Die Personen, die bei der Hochzeit sagen mußten „Stehe auf!“, je 10 Heller und endlich

der mzimu (Geist) zirka 75 Heller oder auch eine Ziege oder ein Schaf zu Händen des Vaters der Frau.

Anmerkung: Das Geld scheint eben verteilt zu werden; die angegebenen Raten scheinen nicht etwa bestimmte gewohnheitsrechtliche Quoten zu sein, sondern so wie angegeben scheint es (wie ich glaube) dem Ausgefragten billig zu sein. Ueber den mzimu weiter unten (S. 368).

XX.

Die Frau erhält von ihrem Vater als Aussteuer Rindentücher und andere Sachen.

Frage: Was für Sachen? zum Beispiel Töpfe und Stühle?

Antwort: Töpfe ja, aber keinen Stuhl.

Frage: Warum keinen Stuhl?

Antwort: Weil doch eine bibi nicht auf einen Stuhl sitzt. Die bibi hockt doch auf der Erde.

Frage: Ist der Kaufpreis gleich groß wie die Aussteuer?

Antwort: Haizuru kubwa ao kidogo (es schadet nichts, ob die eine oder die andere groß oder klein ist). Meist ist die Aussteuer kleiner.

Anmerkung: Von anderer Seite wurde mir mitgeteilt, die Frau bekomme bei ihrer Verheiratung von ihrer Mutter die Monatsbinde, die eine große Rolle spiele und geheim gehalten werde, und schön verzierte Instrumentchen zu hygienischen Zwecken.

Rindentücher sind die landesüblichen, aus Rinde geklopften Tücher.

XXI.

Die Frau folgt dem Mann; er bringt sie in seine Hütte und sie bleibt dort.

XXII.

Die Frau hat kein Vermögen. Alles Vermögen gehört dem Mann.

XXIII.

Die Witwe — in Kiheia mufuerwa — folgt in die Hütte des Erben, d. h. in der Regel, des ältesten Sohnes. Ist kein Sohn da, so ist der Sultan Erbe und nicht etwa ein Bruder des Toten. Die Frau macht dann Arbeit für den Sultan.

Die Witwe kann wieder heiraten. Den Kaufpreis erhält wieder ihr Vater, aber er ist klein, weil sie kein Mädchen mehr ist.

Die Ehefrau erbt nichts vom Mann.

XXIV.

Frage: Wer hat das Recht der Ehescheidung?

Antwort: Wie es scheint, beide Teile (??).

Auf Frage: Es wird eben wieder rückwärts shauri gemacht. Wenn beide Teile, d. h. der Vater der Frau und der Mann einverstanden sind, geht die Ehe auseinander und die Frau geht zu ihrem Vater zurück und es ist gut.

Auf Frage: Wenn die Frau gegen den Willen des Mannes zu ihrem Vater zurückkehrt, oder wenn der Mann die Frau zur Hütte hinauswirft, so kommt die Sache vor den katekiro, der sie untersucht.

Als Grund, der den Mann zur Scheidung berechtigt, ist anerkannt:

Ehebruch der Frau, sowie Dummheit der Frau.

Unfruchtbarkeit der Frau ist kein Scheidungsgrund.

Eine Mißhandlung des Mannes durch die Frau kommt doch nicht vor.

Als Grund, der die Frau berechtigt, zu ihrem Vater zurückzukehren, ist anerkannt:

Ehebruch des Mannes (??) und

Mißhandlung der Frau durch den Mann.

Bei dem shauri mit dem Vater des Mädchens, das in der Regel vom Vater des Mannes geführt wird, werden die

wazee vielfach zugezogen und befragt (mzee = Alter, wazee = Aelteste).

Die Kinder bleiben stets dem Vater. Auch ein nach der Scheidung geborenes Kind kommt zum Vater.

Der Kaufpreis geht im Fall der Scheidung zum Vater des Mädchens zurück, wenn keine Kinder da sind, sonst bassi (ist die Sache wett, „fertig“).

XXV.—XXXI.

Sklaven kommen zwar noch vor, aber wenige. Hier gilt eben das, was die Regierung angeordnet hat.

(Die Auskunftsperson kann sich hierüber nicht näher aussprechen.)

XXXII.

Die Namengebung findet statt, wenn die Zähne da sind. Im allgemeinen gibt es keinen Namenswechsel, doch gibt sich mancher junge Mann, so etwa mit 20 Jahren, selbst einen anderen Namen, wenn ihm der seinige nicht gefällt.

Den ersten Namen gibt der Vater dem Kind.

Ich heiße z. B. Lwamgira, d. h. „der vieles oder alles erhält“ (kugira in Kiheia = kupata in Kisuaheli = erhalten). Ich habe mich aber selbst Nkinso (Kiheia) = Shindano (Kisuaheli) = Nadel geheißen.

Anmerkung: Der Befragte pflegt in die Suahelizeitung Kiongozi in Tanga, die zahlreiche schwarze Korrespondenten hat, Berichte aus Bukoba zu schicken. Diese unterzeichnet er, wie ich in der Zeitung wiederholt gelesen habe, mit Lwamgira, nicht mit Nkinso.

Beispiele von Namen:

Katawasi = der in den Krieg zieht,
Mashenko = der Tänzer,
Mshale = Kirongozi in Kisuaheli = Führer,
Magaiane = „Du kannst mich nicht schlagen“,

Kairu = Mtumwa in Kisuaheli = Sklave,

Kwakangala (dies ist ein zweiter Name, der nichts bedeutet und wohl seines schönen Klanges wegen gewählt ist).

Der Name wird frei gewählt. Ab und zu, jedoch selten, wird der Name des Großvaters dem Kinde gegeben. Niemals der Name des Vaters.

Zwillinge erhalten stets und ausnahmslos folgende ganz bestimmte Namen:

Der erstgeborene Zwilling wird Ishangoma genannt, d. h. „Herr der Trommel", der zweitgeborene Zwilling wird Kato, d. h. „der Kleine", genannt. Wird nach den Zwillingen von derselben Frau wieder ein einzelnes Kind geboren, so bekommt dieses den Namen Kisa = Kwisha in Kisuaheli = Ende, d. h. die Sache mit den Zwillingen ist jetzt aus.

Auf Frage: Daß 3 lebende Kinder geboren werden können, glaube ich nicht, jedenfalls bekommt der Drilling keinen besonderen Namen.

Auf Frage: Man glaubt, daß die Mutter den Leib des Kindes macht, der Vater die Seele (roho). Daß des Großvaters Seele in das Kind übergehe, glaubt man nicht, das wäre ja töricht, denn dieser macht ja die Seele des Vaters, nicht die des Enkels.

XXXIII.

Jeder Mensch hat einen mzimu (Geist). Der Geist existiert nicht, solange der Mensch lebt, denn da ist ja der Mensch selbst da, aber wenn der Mensch tot ist, dann lebt der mzimu und er führt den Namen, den der Mensch im Leben hatte.

Frage: Du hast mir doch früher gesagt, bei der Hochzeit erhalte der mzimu 75 Heller oder 1 Rupie oder 1 Schaf. Welcher mzimu ist denn das?

Antwort: Das ist nicht der mzimu eines einzelnen Menschen, sondern der mzimu kubwa sana kabisa (der überaus sehr große Geist), Uamarra ist sein Name. Dieser ist der große Geist für alle die Länder Kissiba, Karagwe, Jamtuara,

Nkore, eben für alle Länder, in denen Waheia wohnen. Für Ruanda Ussuwi und andere Länder ist Uamarra nicht der große Geist. Dieser große Geist erhält das Schaf oder das Geld. Es gibt viele Geister, aber nur einen großen Geist, eben den Uamarra.

Die Waheia haben keine Furcht, den Namen Verstorbener und damit den Namen der mzimu auszusprechen. Das ist Ussuwi, wo die Leute diese Angst haben.

XXXIV.

Auf Frage: Kindsmord ist nicht gestattet und nicht üblich. Wenn aber ein Krüppel geboren wird, dem Arme und Beine fehlen oder dergleichen, oder ein Blinder, der wird sofort nach der Geburt ins pori (die Wildnis) geworfen.

Wenn der Betreffende ein Glied zu viel hat, so schadet das nichts, man läßt ihn leben; so hat z. B. ein Mensch, der beim Kaufmann Schüle in Bukoba arbeitet, 6 Finger.

Zwillinge werden nicht getötet, im Gegenteil, wenn solche geboren werden, wird getanzt und es freuen sich die Leute.

Auf Frage [3]): Einmal habe ich davon sagen hören, daß ein Häuptlingssohn, falls er nicht mit geballten Fäusten zur Welt kommt, getötet werden sollte, weil man glaubte, er töte seinen Vater, aber das war offenbar nur ein einzelner Fall. Ich denke mir das so, daß ein Zauberer im damaligen Fall die Tötung des Häuptlings vorhersagte, falls das zu erwartende Kind nicht mit geballten Fäusten geboren werde. Eine Rechtssitte, Häuptlingskinder, die nicht mit geballten Fäusten zur Welt kommen, zu töten, bestand nach meiner Meinung nie, jedenfalls existiert sie jetzt nicht mehr.

Die Nabelschnur ist im allgemeinen nicht Gegenstand abergläubischer Gebräuche. Nur die Nabelschnur von Zwillingen macht eine Ausnahme. Diese ziehen einige Weiber um den

---

[3]) Kohler, Banturecht. Zeitschr. für vergl. Rechtsw., Bd. XV, S. 1 ff.

Hals als Kette an, nachdem sie sie zuerst getrocknet und verziert haben, andere Weiber tun sie in Lehm und bewahren sie so im Haus auf.

Gewöhnliche Nabelschnüre werden weggeworfen.

Abtreibung ist nicht gestattet, das ist im Gegenteil baya kabisa = sehr schlecht.

Anmerkung: Ein genauer Kenner des Bezirks Bukoba hat dazu bemerkt: Nach meiner Meinung gibt es im Bezirk Blindgeborene, ich glaube deshalb kaum, daß die Krüppel ins pori geworfen werden oder wurden.

XXXV.

Jünglingsweihe ist unbekannt. Feste werden nur bei der Heirat gefeiert, nicht vorher.

Beschneidung ist nicht üblich und war es auch früher nicht.

Tätowierung ist in Kissiba nicht üblich, wohl aber anderwärts im Bezirk Bukoba, z. B. in Ussuwi.

XXXVI.

Diejenige gilt als sehr schlecht, die vor der Heirat bei einem Mann schläft. Wenn ein Mädchen schwanger wird, fragt sie ihr Vater: Wer ist der Vater des Kindes? Sie sagt: Der und der. Wenn der Bezichtigte es zugibt, muß er vor den Sultan und dort dieselbe Erklärung wiederholen. Es ist verboten, den Sultan zu umgehen und kuficha shauri, „die Verhandlung zu verheimlichen". Wenn es doch geschieht, werden beide bestraft.

Wiederholt der Schwängerer die Vaterschaftserklärung, so ist es Sitte, daß er dann das Mädchen heiratet. Daß er es nicht heiratet, kommt nicht vor, denn der Sultan befiehlt die Heirat einfach. Täte er es je nicht (was nicht vorkommt), so würde er bestraft und müßte dem Vater der Geschwächten mali (Eigentum, Vermögen) geben. Das Kind aber gehört

auch in diesem wie in jedem Fall dem Vater und folgt ihm in sein Haus.

Wenn der angebliche Schwängerer die Schwängerung bestreitet, so wird das Mädchen und der Schwängerer vor den Sultan gebracht. Das Mädchen wird dort gebunden (d. h. peinlich befragt [?], vgl. unten) und der Sultan fragt sie:

„Sage nun vor uns allen, wer ist der Vater?“ Dann sagt sie: „Dieser Soundso“. Dieser bestreitet es und sagt: „Zeige mir das ‚Zeichen‘“.

Es ist nämlich üblich, daß beim Geschlechtsumgang der Mann dem Mädchen etwas schenkt, z. B. einen Ring, eine Kette oder dergleichen, und dieser Ring oder diese Kette ist das „Zeichen“, das der Bezichtigte verlangt.

Nun zeigt das Mädchen das Zeichen vor. Bei dessen Anblick gibt der Schwängerer seine Täterschaft vielleicht zu oder aber er bestreitet, daß das Zeichen von ihm ist und daß sein Umgang das Kind gezeugt habe.

Nun werden beide zum Zauberer geführt, der das Heuschreckenordal macht. Durch dieses Ordal stellt sich heraus, ob das Mädchen die Wahrheit gesagt hat oder nicht. Hat es die Wahrheit gesagt, so zwingt der Sultan den Schwängerer, das Mädchen zu heiraten.

Stellt sich heraus, daß das Mädchen gelogen hat, so wird es von neuem gebunden und befragt und muß den nennen, der das Kind gezeugt hat.

Das geht so lange fort, bis ein Vater für das Kind da ist, denn es ist doch absolut notwendig, daß jedes Kind einen Vater hat.

Es hat auch tatsächlich jedes Kind einen Vater: hapana watoto bila baba (keine Kinder ohne Vater).

Frage: Wie aber, wenn das Mädchen den Vater nicht weiß, weil viele Männer mit ihr zu tun hatten?

Antwort: Das spürt sie doch, wer der Vater ist. Das weiß sie doch ganz genau.

Frage: Wenn das Mädchen absolut nichts sagt?

Antwort: Dann wäre das Kind eben nur Kind seiner

mama, aber das ist ganz undenkbar, das kommt nicht vor und kann gar nicht vorkommen.

XXXVII.

Standesmäßige Prostitution scheint es nicht zu geben. Der Geschlechtsverkehr sei kasi ya rafiki (Freundschaftssache), auch wenn etwas dafür gegeben werde; übrigens komme eine eigentliche Bezahlung nicht vor, sondern es werde eben ein bakshishi kidogo (ein kleines Trinkgeld) gegeben — üblich 100 Kaurimuscheln.

XXXVIII.

Ueber die Geister habe ich oben schon Auskunft gegeben.

Frage: Wo sind denn die Geister?

Antwort: Früher glaubte man, die Geister wohnen nicht sehr weit von Kissiba in einer Stadt Namens Bitoma kwa Uamarra und es wollen einige dort sogar die Geister gesehen und brummen gehört haben. Aber jetzt glaubt das niemand mehr. Man weiß nicht, wo die Geister sind. Vielleicht im Wind.

Nach dem Tode ist eine 1—2 Monate dauernde Trauerzeit für die Familie.

Die Trauerzeit für die Witwe ist auch nicht länger, nicht etwa 9 Monate lang.

Nach dem Tod wird der Tote in Kissiba in Rindentuch eingewickelt. Das Grab ist in Kissiba nahe beim Haus. Um es herum werden Bäume und Sträucher gepflanzt. Das Grab wird tief gegraben. Erde wird auf den in Rindentuch eingewickelten Toten geschüttet. Auf den Grabhügel wird Gras gelegt.

Ein Grab muß auch auf safari (Reise) gemacht werden. Es genügt nicht, den Toten im pori zu lassen. Das wäre gar nicht schön, nur Krieg könnte ein solches Verhalten entschuldigen.

Anmerkung: Andere Stämme im Bezirk Bukoba haben in Ansehung der Beerdigung ganz andere Gebräuche. Einer unserer Träger (unsere Träger waren Kahigileute) ist auf safari gestorben. Die Kahigileute weigerten sich, ein Grab zu graben, und verlangten, daß ihr Stammesgenosse in Rindentuch gewickelt ins pori gelegt und nur mit Dornen und Gras zugedeckt werde, damit die Hyänen die Leiche holen, weil das so Stammesdesturi in der Landschaft Kjanja sei. Wir sind auch so verfahren, weil die Angaben über diese desturi ganz übereinstimmten. Auch auf der Boma in Bukoba wurde uns später bestätigt, daß es allgemeine Waheiadesturi sei, Tote auf der safari nur ins pori zu werfen.

Die Einwohner von Bukoba selbst hüllen ihre Toten nicht in Rindentücher, sondern in Grasmatten, und verbringen sie so in Höhlen der Toteninsel im Viktoriasee. Dort werden die Toten lediglich aufeinandergelegt. Sie mumifizieren dort.

Auf Frage: Der Sultan wird in der Hütte begraben, und zwar in einem ausgehöhlten Baumstamm.

Anmerkung: Herr v. St. bestätigte dies und bemerkte, das sei der Grund, weshalb die Sultane bis vor kurzem sich geweigert haben, in Einbäumen (Fährbooten) über Flüsse zu setzen, denn es habe als schlechtes Omen gegolten, wenn der Sultan in einen ausgehöhlten Baumstamm sich begeben. Er (Herr v. St.) habe mit vieler Mühe den Sultan Mutangarua bewogen, mit ihm zusammen im Boot über die Kagerafähre bei Kifumbiro zu setzen.

Auf Frage: Beim Tode eines Sultans, eines katekiros oder eines reichen Kaufmanns werden Ochsen, beim Tod armer Leute Ziegen oder eine Ziege geschlachtet. Diese Tiere sind der Leichenschmaus für die an der Beerdigung Teilnehmenden. Sie sind nicht Opfer für den Toten oder den mzimu.

Daß früher mit den Sultanen Sklaven und Weiber begraben worden seien, ist nicht wahr (?).

XXXIX.

Adoption gibt es nicht. Wer kein Kind hat, kann sich das Kind eines anderen zur Arbeit geben lassen, aber das Kind bleibt, auch wenn es ganz beim Kinderlosen ist, nur das Kind seines Vaters.

XL.

Es ist sehr Sitte, Blutsbrüderschaft zu schließen. Da ist auch nicht Einer, der keinen Blutsfreund hätte.

Wenn einer beabsichtigt, mit einem anderen Blutsbrüderschaft zu schließen, so tut er es dem anderen zu wissen.

Hierauf gehen die beiden Kandidaten längere Zeit — etwa 2 Monate — miteinander, z. B. bei Spaziergängen, bei der Jagd und dergleichen, damit sie sich gegenseitig davon überzeugen können, daß je der andere eine roho zuri (eine „schöne Seele“) hat. Dann entschließen sie sich. Wenn es so weit ist, frägt der Bewerber feierlich in der Hütte des Umworbenen an. Es ist aber Sitte, ihn mehrmals auf später zu vertrösten. Endlich läßt sich der Umworbene herbei, den anderen auf den kommenden Tag früh Morgens, etwa um 4 Uhr, zu bestellen. Der Bewerber kommt schon um 1 oder 2 Uhr Nachts, um seinen Eifer zu zeigen, und zwar kommt er in großer Begleitung. Es begleiten ihn seine Frau und Kinder, seine Verwandten und seine Blutsfreunde und wenn möglich sonst noch vornehme Leute.

Er findet die Hütte des Umworbenen verschlossen, obwohl in ihr dessen Verwandte und Freunde schon versammelt sind. Er klopft. Er erhält die Antwort, der Umworbene schlafe noch. Er klopft nochmals und bittet um Einlaß. Er wird eingelassen und man begrüßt sich gegenseitig. Auf den Boden wird ein Rindentuch gelegt.

Auf diesem Rindenstoff nehmen einander gegenüber die beiden zukünftigen Blutsfreunde Platz und neben jedem derselben der Bevorzugteste oder Vornehmste seiner Freunde.

Es werden Kaffeebohnen (noch mit der fleischigen Hülle) gebracht und diese werden nun zunächst unter Zeremonien geschält. Eine Kaffeebohne wird dem Spalt nach zerbrochen und jede Hälfte je auf ein Blatt vom Baum Mulinsi gelegt. Jeder der beiden künftigen Blutsfreunde nimmt in seine rechte Hand ein solches Blatt mit einer halben Kaffeebohne.

Nun fragen die beiden Kandidaten einander in feierlicher Weise nach dem Namen und nach der Kabilenzugehörigkeit.

Das dient zur Konstatierung, daß die beiden nicht verwandt sind und nicht zur selben Kabile gehören, in welchem Falle ein Blutsbündnis unzulässig wäre.

Ist die Kabilenverschiedenheit konstatiert, so schneidet je der Assistent des einen Kandidaten dem anderen Kandidaten mit einem Messer in den Nabel. Mit einem Tröpfchen Blut aus seinem Nabel befeuchtet jeder der beiden die von ihm gehaltene Kaffeebohne.

Nun werden die Bohnen umschichtig gegessen. Jeder bietet sie dem anderen mit der rechten Hand und der andere ißt die Bohne vom Blatt weg, ohne mit der Hand nachzuhelfen.

Den Schluß macht die feierliche Erklärung jedes der beiden: „Du mußt nun mir und allen meinen Freunden Nahrung geben."

Dann geben sich die Blutsfreunde noch gegenseitig einen Bakschisch, der sich nach der Höhe des Vermögens des Gebers richtet, also nicht gleich groß zu sein braucht.

Ueblich sind Rinder oder Kaurimuscheln. Der Blutsfreund hat kein Recht am Vermögen des Blutsfreundes, noch weniger an seine Frau und seine Kinder, er hat auch keinerlei Erbrecht.

Blutsbrüderschaft zwischen Frauen und zwischen Gemeinden gibt es nicht.

XLI.

Das Recht an Grund und Boden steht dem Sultan zu. Auch das Recht an bebautem Grund und Boden. Der Sultan

kann das „Eigentumsrecht" auch an bebautem Grund und Boden stets an sich ziehen, sowohl zur Strafe als auch ohne Grund oder aus einem Grund, der den „Eigentümer" nicht berührt, und zwar ohne Entschädigung für den Anbau.

Wenn der Sultan die Schambe (Pflanzung) nicht an sich zieht, hat der, dem die Schambe einmal zugeteilt ist, dieselbe lebenslänglich zur Benützung ganz wie ein Eigentümer. Sie vererbt sich auch. Er behält den Grund und Boden, auch wenn er ihn nicht bepflanzt. Durch Nichtgebrauch geht das Gebrauchsrecht nicht unter.

Verkaufen kann der Inhaber der Schambe diese, wenn er wohnen bleibt, d. h. wenn er nicht auswandert. Beim Wegzug hat er nicht das Recht, Grund und Boden zu veräußern.

Der Preis für ein Grundstück wird nicht etwa nur für den Anbau, sondern auch für Grund und Boden bezahlt.

XLII.

Man glaubt daran, daß durch Zauberei etc. das Eigentum gegen Diebe geschützt werden kann.

Wenn jemand meine Bäume zerstört, habe ich das Recht, ihn zu schlagen; ob auch zu töten, das weiß ich nicht. Wenn ich ihn schlage und er ist tot, was kann ich machen?

Wenn ich meine Schambe auf kurze Zeit verlasse und es besetzt sie in der Zwischenzeit ein anderer, so kann ich, wenn ich zurückkomme, den Eindringling selbst hinauswerfen oder mich an den katekiro wenden.

XLIII.

[Familieneigentum?]

Das Eigentums- oder Gebrauchsrecht steht dem einzelnen zu, aber die Familie sagt eben „mein oder unser Eigentum".

XLIV.

[Gemeinland?]

Das Gemeinland gehört dem Sultan. Es ist eben zum Gebrauch noch nicht verliehen. Wenn das Gebrauchsrecht

oder Eigentum an Grund und Boden verkauft werden kann, so kann es an jeden verkauft werden. Es besteht kein Vorkaufsrecht der Ortseinwohner.

XLV.

Wenn dem Katawasi ein Speer gehört, ein anderer Mensch diesen Speer stiehlt und ihn an den ahnungslosen Magaiane verkauft und dieser den Speer bezahlt, so kann Katawasi ohne jede Entschädigung seinen gestohlenen Speer von Magaiane zurückfordern.

Ganz ebenso ist es, wenn der Speer nicht gestohlen, sondern verloren ist und vom Finder verkauft wird.

Der Eigentümer kann auch dann den Speer ohne weiteres zurückfordern.

Frage: Wem gehört also die Fundsache?

Antwort: Wenn ich einen Speer finde, muß ich ihn zum katekiro bringen. Dieser fragt herum, wem er gehört. Meldet sich niemand, so sagt der katekiro zu mir: Nimm den Speer in dein Haus und wenn der Eigentümer kommt und seinen Speer sucht, so gib ihn heraus.

Ich kann den Speer, solange ich ihn habe, benützen, aber verkaufen darf ich den Speer nicht.

Frage: Wie ist es mit kleinen Sachen, wenn sie gefunden werden, mit Perlen, Hellerstücken?

Antwort: Die gehören dem Finder.

Frage: Warum?

Antwort: Die nimmt der Finder an sich, ohne daß es jemand sieht (!); den Speer sieht jedermann, deshalb ist es bei diesem anders (!).

Frage: Muß dir der Verlierer des Speers, den du gefunden hast, einen Finderlohn geben?

Antwort: Ein Bakschisch von 10 Hellern oder so.

Auf Frage: Die Jagdbeute gehört dem Jäger, doch muß er z. B. bei Antilopen einen Schlegel und die Decke dem

Sultan oder katekiro abliefern. Von 3 Fellen oder Decken gehören 2 dem Sultan, 1 dem Jäger. Von Elefantenzähnen gehört 1 dem Jäger und 1 dem Sultan. Das Fleisch gehört dem Jäger.

Frage: Nach der deutschen Verordnung muß der Jäger als Schußgeld für einen Elefanten 100 Rs. oder einen Zahn abliefern. 100 Rs. hat wohl ein eingeborener Jäger in der Regel nicht, also wird er einen Zahn an die Regierung abliefern. Wem gehört der zweite Zahn?

Antwort: Das kann ich nicht sagen, es kommt ja eigentlich kaum vor, daß ein Eingeborener einen Elefanten regulär durch Jagd erbeutet und das wissen läßt.

XLVI.

Pfandrecht ist bekannt. Es besteht sowohl an beweglichen wie an unbeweglichen Sachen, z. B. an Stuhl, Speer, Schambe, Garten.

Frage: An der Hütte?

Antwort: Nein, denn Haus und Schambe sind eins und es besteht dann das Pfandrecht an der Schambe.

Auf Frage: Die verpfändete Sache muß dem Pfandgläubiger übergeben werden, sonst besteht kein Pfand. Das gilt für bewegliche und unbewegliche Sachen. Auch die verpfändete Schambe nimmt der Pfandgläubiger in Besitz. Der Pfandgläubiger hat das Recht, die Sache zu benützen, nur darf er sie nicht zerbrechen oder zerstören.

Er hat das Recht, die Früchte zu ziehen und diese für sich zu behalten; z. B. nimmt der Pfandgläubiger die Bananen einer ihm verpfändeten Schambe für sich.

Frage: Für eine Schuld von 20 Rs. ist eine Schambe verpfändet. Der Pfandgläubiger bezieht aus der Schambe während eines halben Jahres Bananen im Wert von 1 R. Ist die Schuld jetzt nur noch 19 Rs. oder ist sie noch 20 Rs.?

Antwort: Immer noch 20 Rs. und wenn er Früchte für 20 Rs. verkauft, bleibt die Schuld 20 Rs., bis sie bezahlt ist.

XLVII.

Zerstört der Pfandgläubiger die Pfandsache, so muß er ihren Wert ersetzen.

Nicht nur die Milch einer verpfändeten Kuh gehört dem Pfandgläubiger, sondern auch das beim Gläubiger geborene Kalb.

Auch bei Bezahlung der Schuld ist das Kalb nicht zurückzugeben, sondern nur die Kuh.

Wird ein Kind verpfändet, so kommt es ins Haus des Pfandgläubigers und hat dort zu arbeiten.

Die Heiratskaufsumme eines verpfändeten Mädchens bekommt nicht der Vater (Pfandschuldner), sondern der Pfandgläubiger; doch geht diese Summe von der Schuld ab.

Ist die Frau (Ehefrau) Pfandobjekt, so kommt auch sie ins Haus des Pfandgläubigers. Das im Haus des Pfandgläubigers geborene Kind gehört dem Pfandgläubiger, gleichgültig, von wem es gezeugt ist; bei Bezahlung der Schuld ist das Kind zurückzugeben, wieder gleichgültig, von wem das Kind gezeugt ist (vgl. oben III., unten LIV.).

Frage: Wenn ein zum Pfand gegebener Gegenstand nicht zerstört, wohl aber derartig beschmutzt wird, daß er statt 5 Rs. nur noch 3 Rs. wert ist, wie macht sich dann die Sache nach Bezahlung der Schuld?

Antwort: Die beschmutzte Sache ist zurückzugeben wie sie ist, für das Beschmutzen wird keine Entschädigung bezahlt, sababu hapana kulipa upesi (Grund: nicht schnell bezahlen).

XLVIII.

Wenn auf 1 Jahr Geld ausgeliehen und dafür eine Sache, z. B. ein Stuhl, zum Pfand gegeben ist, so begehrt nach Ablauf des Jahres der Gläubiger vom Schuldner die Rückzahlung.

Kann der Schuldner nicht zahlen, so hat der Pfandgläubiger das Recht, den Stuhl zu behalten oder zu verkaufen, anachukua kiti, bassi (er nimmt den Stuhl, fertig!).

Verkauft der Pfandgläubiger den Stuhl und wird ein Ueberschuß über die Schuld erzielt, so ist das Gewinn des Gläubigers, der Schuldner erhält den Uebererlös nicht.

Der Wert der (während der Pfanddauer) untergegangenen Pfandsache wird von der Schuld abgezogen.

Frage: Wenn aber die Pfandsache mehr wert ist, als die Schuld beträgt?

Antwort: Das gibt keinen Anspruch; sbauri inakwisha, bassi (die Verhandlung ist aus, fertig!).

XLIX.

Allgemeine Zahlmittel sind deutsches Geld und Kaurimuscheln, letztere namentlich früher, aber auch jetzt noch.

L.

Es wird nicht stets Zug um Zug, sondern auch auf Kredit gehandelt, „das heißt man dann in Kisuaheli mkataba (Vertrag)“. Einem Vertrag muß Folge geleistet werden, sonst wird man ganz einfach verklagt. Rücktrittsrecht gibt es nicht, auch nicht am ersten Tage nach Vertragsabschluß, auch nicht gegen Reugeld.

Wenn ein Kaufvertrag geschlossen wird, z. B. über eine Ziege, aber weder die Ziege übergeben noch der Kaufpreis bezahlt ist, und die Ziege geht ein, so muß der Preis nicht bezahlt werden. Ist die Ziege schon übergeben, so muß der Preis bezahlt werden.

Wenn der Preis bezahlt ist und die noch nicht übergebene Ziege geht ein, so muß das Geld zurückgegeben werden, da die Ziege nicht mehr da ist.

Ist mir eine Sache, z. B. ein Buch, dagegen geliehen und geht bei mir ohne meine Verschuldung zu Grund, so muß ich

nichts zahlen, weil die Leihe mehr Freundschaftssache als ein Geschäft ist. (Notabene: Spontan vom Befragten angegeben, ohne Befragen nach dem Grund.)

Wenn die geliehene Sache Schaden anrichtet, so muß der Verleiher keine Entschädigung zahlen.

Handelsgesellschaften gibt es. Der Gewinn wird nach der Einlage verteilt, nicht etwa gleichmäßig nach Kopfteilen, auch nicht nach persönlicher Arbeit.

LI.

Daß auf Schenkung Gegenschenkung folgen muß, ist nicht Rechtens.

Anmerkung: Sehr viele Geschäfte sind im innersten Wesen Käufe, vollziehen sich aber in der Form von Schenkung.

So vollzieht sich z. B. der Erwerb der Nahrung für die safari durchaus in den Formen der Schenkung; hier wird aber natürlich eine Gegenschenkung als selbstverständlich erachtet, denn im Grund ist es ein Kauf.

Der europäische safari-Leiter oder auch etwa der askari, der eine Karawane führt, verhandelt im Bezirk Bukoba mit den einzelnen katekiros und sagt zu ihnen: Ich brauche chakula (Essen) für so und so viel Menschen oder auch: Ich will für meine Träger heute ein Rind.

Darauf entfernt sich der katekiro und bringt nach einiger Zeit Essen, das Rind, Ziegen und Brennholz und die notwendigen Töpfe.

Nun wird nicht über den Preis verhandelt, sondern der safari-Leiter überschlägt die Menge des Gelieferten und zahlt hiernach Geld, so viel er für recht hält. Gute Zahlung ist: für die Bananentraube etwa 6 Heller, für die Ziege 1 R., für das Rind 8—14 Rs., es wird aber häufig auch weniger bezahlt.

Sowohl für die Lieferung als für die Bezahlung wird der Dank ausgesprochen. Die Formen sind also durchaus Formen der Schenkung, aber dem Wesen nach ist es doch anders.

Der katekiro erwartet für das gelieferte Essen angemessene Bezahlung und zwar nur Geld und nicht etwa Geschenkartikel aller Art. Solche — einen Spiegel, ein Messer oder dergleichen — erwartet er vielleicht nebenher und das ist dann ein eigentliches Geschenk.

Ebenso macht der katekiro auch vielfach dem Europäer oder sonstigen safari-Leiter Geschenke, meist solche Sachen, die der Europäer persönlich braucht: Milch, Eßbananen, Butter, Honig, Eier, auch ein Huhn.

LII.

[Darlehen?]

Solches kommt in der Weise vor, daß für ein Handelsunternehmen (z. B. eine safari zum Aufkauf von Elfenbein) ein Darlehen gegeben wird und nach guter Rückkunft der safari Zins und Kapital zurückgezahlt wird. Ueblicher Zins 10 Prozent.

Getreidedarlehen sind Freundschaftssache, kein Zins (?).

LIII.

Verwünschungen zur Vertragsbekräftigung sind üblich, z. B. „Wenn ich nicht zahle, will ich sterben!", oder auch „Kichwa sultani!" in Kisuaheli — „Obusso bwomogama!" in Kiheia — „beim Kopf des Sultans!") oder auch: „Engoma" = Trommel, womit auch auf den Sultan angespielt ist, denn er hat allein Trommeln und die Trommel spielt eine Rolle bei der Sultansnachfolge. Die Berufung auf die Trommel ist soviel wie die Berufung auf den mzimu (Geist) des Sultans.

Händeschütteln zum Zeichen des Vertragsschlusses ist üblich.

LIV.

Frage: Wenn der Schuldner nicht zahlt, was dann?

Antwort: Er wird vor dem katekiro verklagt.

Frage: Dort gibt er zu, daß er 20 Rs. schuldet, sagt aber: Ich habe nichts, ich kann nicht zahlen; was dann?

Antwort: mwenyi feza anakamata mali ya mdeni namna ngombe, buzi (der Gläubiger nimmt Eigentum des Schuldners weg, z. B. ein Rind, Ziegen).

Frage: Wählt der Gläubiger selbst das Rind oder die Ziegen aus?

Antwort: Nein, der katekiro sagt: „Hier, dieser Ochse genügt!“

Frage: Wenn keine Ochsen und keine Ziegen da sind?

Antwort: shamba.

Frage: Wenn keine Schambe da ist?

Antwort: Mtoto, lakini mtoto kaa karibu katekiro kwanza (ein Kind, aber das Kind bleibt beim katekiro, wenigstens zunächst).

Frage: Was hat das zu bedeuten?

Antwort: Dem Schuldner wird eine Frist von 1 oder 2 Monaten gestellt oder auch von einem halben oder einem ganzen Jahr, je nach der Höhe der Schuld, binnen welcher Frist er zahlen soll. So lange bleibt das Kind beim katekiro. Ist die Frist um und sagt der Schuldner, daß er nicht zahlen könne, so wird das Kind dem Gläubiger übergeben. Der Schuldner kann aber nach Ablauf der Frist nochmals eine kurze Frist verlangen.

Frage: Zu wie viel wird ein Kind angeschlagen?

Antwort: Das hat keinen Preis, sababu: mtu (Grund: Mensch).

Frage: Wenn einer 500 Rs. schuldet, wie viel von seinen 5 Kindern werden zur Vollstreckung dieser Schuld genommen?

Antwort: Immer nur eins, er mag schuldig sein so viel er will, sababu mtu: (Grund: Mensch).

Frage: Werden, wenn Auswahl da ist, Knaben oder Mädchen genommen?

Antwort: Knaben nur dann, wenn kein Mädchen da ist.

Anmerkung: Der Grund scheint nicht die höhere Wertung der Knaben zu sein, sondern eher die höhere Wertung der

Mädchen vom Standpunkt des Gläubigers aus, da er für die Mädchen den Ehekaufpreis erhält.

Frage: Wenn keine Kinder da sind?

Antwort: Dann kommt die Frau daran. Bei der geht es ganz wie bei den Kindern. Auch sie kommt zuerst zum katekiro u. s. w.

Frage: Wenn auch keine Frau vorhanden ist?

Antwort: Dann muß der Schuldner dem Gläubiger arbeiten kama mtumwa (wie ein Sklave).

Frage: Ist er dann Sklave?

Antwort: Nein, er muß nur arbeiten kama mtumwa (wie ein Sklave).

Frage: Kann der Gläubiger nicht auch den ndugu (Bruder) des Schuldners in Anspruch nehmen?

Antwort: Nein, das kann er nicht, aber der Bruder des Schuldners wird freiwillig zahlen, weil es ihm schmerzlich ist (uchungu), zu sehen, daß sein Bruder wie ein Sklave arbeitet.

Frage: Wie steht es mit den Schulden, wenn der Schuldner stirbt?

Antwort: Mrisi analipa (der Erbe zahlt).

Frage: Wenn das ganze Vermögen des Schuldners nur 100 Rs. beträgt, der Schuldner ist aber 200 Rs. schuldig, wie viel zahlt dann der Erbe?

Antwort: 200 Rs., atatafuta feza (er wird Geld suchen).

Frage: Darf er nicht sagen: „Da hast du das ganze Vermögen meines Erblassers, damit mußt du (Gläubiger) zufrieden sein“?

Antwort: Nein.

Frage: Warum denn nicht?

Antwort: Sababu, anapata mali zote (Grund: er erhält das ganze Vermögen).

Frage: Lakini mali kidogo, deni kubwa (aber das Vermögen ist klein und die Schuld groß).

Antwort: Haizuru, atatafuta feza (das schadet nichts, er wird Geld suchen).

LV.

Ein Recht auf den Leichnam des Schuldners hat der Gläubiger nicht, so was ist doch lächerlich. Die Bestattung ist gleich, ob einer eintreibliche Schulden hat oder nicht. Der Bestattende haftet nicht für die Schulden des Bestatteten.

LVI.

Mit dem Eintritt des Bürgen wird der Schuldner frei. Es haftet fortan nur der Bürge, nicht mehr der frühere Schuldner.

Frage: Schuldner und Bürge sind arm. Nun wird der Schuldner reich, kann sich der Gläubiger jetzt nicht wieder an den Schuldner halten?

Antwort: Nein, nur an den Bürgen.

Frage: Warum denn nicht an den Schuldner?

Antwort: Sababu: zamini (Grund: der Bürge).

Auf Frage: Die Haftung des Bürgen hört mit dessen Tod nicht auf, sondern der Erbe des Bürgen kann verklagt werden.

Der Bürge, der bezahlt hat, sagt zum Schuldner: „Ich habe bezahlt, gib mir mein Geld zurück!“ und er muß es ihm geben.

LVII.—LXI.

Blutrache[4]) herrscht. Es übt sie der ndugu (Bruder) aus. Sie ist an keine Zeit gebunden.

---

[4]) Ein sehr genauer Kenner des Bezirks hat mir gegenüber das Herrschen der Blutrache bei den Waheia bestätigt und auch auf die Schwierigkeiten hingewiesen, die hieraus bei Aburteilung von Tötungsverbrechen erwachsen; Blutrache zwar kein Strafausschließungsgrund, aber Begnadigung angezeigt. Es wurde mir ein vor nicht langer Zeit behandelter Kriminalfall erzählt, der für das Institut der Blutrache sehr instruktiv ist. Der Fall ist folgender (leider habe ich vergessen, welchem Stamm im Bezirk Bukoba die Beteiligten angehörten):

Ein Mann tötete im Streit einen anderen und floh. Er ist seither

Wenn die Tötung ohne Schuld erfolgt ist, z. B. in Notwehr oder aus Versehen, so flieht der Täter zum Sultan und sagt: „Ich habe ohne Schuld getötet und will nicht getötet werden." Der Sultan untersucht die Sache. Trifft den Totschläger die Schuld, so ließ er — jedenfalls früher — die Blutrache zu, jetzt wird er wohl regelmäßig den Täter der Boma (Residentur Bukoba) abliefern (?). Trifft den Täter keine Schuld, so ordnet der Sultan an, daß der Täter und der ndugu des Getöteten Blutsbrüderschaft miteinander schließen, und das muß der ndugu des Getöteten tun, weil der Sultan es befiehlt.

Wenn die Blutsbrüderschaft geschlossen ist, kann natürlich von einer Blutrache keine Rede mehr sein.

Blutrache wird nur bei Tötung geübt, nicht auch bei anderen Straftaten, z. B. Ehebruch.

Sie geht jetzt nur gegen den Täter. Vor sehr langer Zeit, „vor 60 Jahren oder mehr", ging sie gegen alle Verwandten des Täters.

Wergeld wird nur geboten und genommen, wenn der Sultan befohlen hat, Blutsbrüderschaft zu schließen, und dies geschehen ist.

Die Höhe des Wergelds wird vom Sultan mit seinem Befehl Blutsbrüderschaft zu schließen festgesetzt, meist ein

---

verschollen. Die Verwandten des Getöteten berieten, ob die Tötung des jungen Sohnes des Entwichenen zur Blutrache genüge. Man sei dann allgemein der Ansicht gewesen, daß das nicht genüge, weil der Getötete ein erwachsener Mann war, der zur Sühne zu tötende Sohn des Entwichenen ein Kind. Es habe deshalb und in Anerkennung dieses Räsonements der Bruder des Entwichenen, weil doch Blutrache sein müsse, sich zur Tötung freiwillig gestellt und sei dann zur Ausübung der Blutrache ohne jede Gegenwehr seinerseits von den Verwandten des Getöteten abgeschlachtet worden. Der Sultan habe dann, weil er dem guten Wetter in diesem Fall doch nicht getraut habe, den Ausüber der Blutrache an die Boma eingeliefert zur Untersuchung, ob die Tötung rechtmäßig war, und es sei dann der Ausüber der Blutrache von der deutschen Behörde auch abgeurteilt worden.

Rind für den Sultan und ein Rind für den ndugu des Getöteten, der zur Blutrache schreiten wollte.

LXII.

Asyl ist das Haus des Sultans, seiner (des Sultans) Mutter und die Hütte des mzimu kubwa (s. oben). Doch ist das Asylrecht nur dahin zu verstehen, daß der Sultan oder bei Ortsentfernung der katekiro den Täter im Asyl abholt und vor das Sultansgericht führt und ihn bis dahin vor Blutrache schützt. Vor dem Sultan nimmt dann das oben geschilderte Verfahren seinen Fortgang.

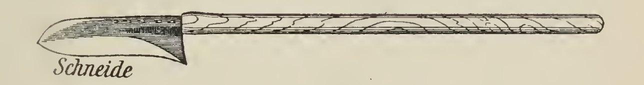
LXIII.

Der Sultan bestraft mit Geld und mit „Binden mit Stricken", was sehr weh tut.

Frage: Wie lange wird denn da einer gebunden?

Antwort: Meist einen Tag, aber das ist eine Strafe wie ein Jahr Kette, denn man bindet sehr fest (kali sana).

Früher wurde die Todesstrafe verhängt, wenn einer „sehr" gestohlen hat. Sie wurde vollzogen durch das mohoro (eigentümliches Messer der Waheia) oder durch Speerstiche oder dadurch, daß der zu Richtende mit einem Stock ins Genick geschlagen wurde. (Der mohoro hat folgende Form und einen



zirka 70—80 Zentimeter langen Holzstiel. Er wird von vielen Waheia auf safari getragen.)

Pfählen ist nicht bekannt.

Die Todesstrafe vollzieht ein askari (Soldat) oder ein ruga-ruga (Hilfskrieger). Scharfrichter zu sein ist keine Schande.

LXIV.

Auf Frage: Keine Strafe für absichtslose Missetat, z. B. fahrlässige Brandstiftung (wohl aber bei Tötung Blutrache).

Auf Frage: Der Versuch wird bestraft, wenn er vor den Sultan kommt, aber das geschieht selten oder nie, da der Versuch nichts geschadet hat.

Auf Frage: Wer mit einem Speer wirft, um zu töten, aber nicht trifft, wird gebunden. Wenn der, nach dem er wirft, wieder wirft und den ersten Täter verletzt oder tötet, so ist der Angegriffene straflos und wird vom Sultan vor der Blutrache geschützt.

Auf Frage: Beihilfe, z. B. Abgabe von Gift zum Töten, wird bestraft. Der Gehilfe wird ebenso gestraft wie der Haupttäter.

Auf Frage: Der, welcher den Täter verbirgt, wird gestraft, aber nicht so schwer wie der Täter, sondern leichter.

LXV.

Ehebruch mit einer Frau eines katekiro oder Sultans wird (oder wurde wenigstens) mit dem Tod bestraft. Ehebruch mit einer anderen Frau wird mit 10—20 Rs. bestraft.

Anmerkung zu beachten: 1 Ziege = 1 R.

Wenn der beleidigte Ehemann den Täter auf frischer Tat erwischt und ihn tötet, trifft ihn keine Strafe und er wird vor Blutrache geschützt.

Ebenso wenn der Dieb in flagranti beim schweren Diebstahl ertappt wird. (Für leichte Diebstähle gilt dies nicht.)

Anmerkung: Was ein schwerer Diebstahl ist, habe ich nicht ermitteln können, es wird dies, wie mir scheint, von Fall zu Fall entschieden.

Die Hehlerei wird bestraft.

Frage: Wie?

Antwort: Vielleicht mit 20—30 Rs., vielleicht muß der

Täter auch dem Sultan seine Tochter bringen, das ist (oder war wenigstens) auch eine beliebte Strafe.

Frage: Wird die Körperverletzung bestraft?

Antwort: Ja, aber nur wenig, vielleicht mit 3 Rs.

Frage: Abtreibung?

Antwort: Das ist eine sehr schlechte Handlung, aber bestraft wird sie nicht.

Frage: Warum nicht?

Antwort: Sababu hapana shitaki (Grund: keine Klage; das heißt wohl: weil kein Kläger da ist).

Frage: Widernatürliche Unzucht?

Antwort: So etwas gibt es gar nicht.

Frage: Zauberei (uganga)?

Antwort: Uganga baya (schlechte Zauberei) ist Giftmord und wird freilich bestraft, sonst steht keine Strafe auf Zauberei, wenn es uganga zuri (schöne Zauberei) ist

Frage: Glaubt man an Zauberei, wenn einer ohne ersichtlichen Grund stirbt?

Antwort: Ja. Wenn ein Verdächtiger da ist, wird durch Stäbchenordal ermittelt, ob er schuldig ist.

[Anmerkung. Von hier ab wurde aus Zeitmangel nur über einzelnes Grund gemacht.]

LXVII.

Kein Selbsthilferecht des Gläubigers. Zwangsvollstreckung durch den katekiro.

LXVIII.

[Geheimbünde?]

Nein.

LXIX.

[Gibt es einen eigentlichen Zivilprozeß?]

Ja, es wird vom Katekiro oder Sultan ein shauri abgehalten. Der Instanzenzug geht von katekiro zum Sultan. Die Urteile vollstreckt der katekiro.

LXX.

Die Frau ist klageberechtigt; auch die verheiratete Frau.

LXXI.

Die Ladung des Verklagten oder Angezeigten geschieht durch den katekiro. Dieser schickt irgend einen Menschen als Boten und läßt den Verklagten holen. Dieser kommt, das ist so desturi (Rechtssitte). Daß er nicht erscheint, kommt gar nicht vor, eventuell würde er wohl bestraft, aber es kommt überhaupt nicht vor.

LXXII.

[Besondere Prozeßeinleitungsformeln?]
Unbekannt.

LXXIII.—LXXIV.

Zeugenbeweis gibt es. Der Zeuge (shahidi) wird ebenso geladen wie die Partei. Auch der Zeuge kommt auf die Ladung; daß er nicht kommt, das kommt einfach nicht vor.

Frage: Wie, wenn er sagt: „Ich bin krank, ich kann nicht kommen. Ich habe keine Kraft“?

Antwort: Dann wird der oder ein katekiro hingeschickt.

Auf Frage: Wenn sich die Zeugen widersprechen, dann ist es geradeso wie wenn kein Zeuge da wäre. Der Sultan sagt: „Beide lügen!“ In diesem Fall sagen beide Parteien: „Kichwa sultani“, d. h. sie beteuern die Wahrheit ihrer Darstellung durch die Berufung auf den Kopf des Sultans. Dann wird das Orakel vom mganga (Zauberer, Arzt) gemacht und zwar mit dem Huhn oder dem dudu (Insekt).

Wer verliert, zahlt dem Sultan einen Ochsen, weil er „kichwa sultani“ gesagt hat.

LXXV.

[Wo kein Kläger, da kein Richter?]
Im allgemeinen ja.

LXXVI.

[Strafe der Zauberei?]

Tötung, wie schon erwähnt.

LXXVII.

Ein Verdächtiger wird beim Befragen, wenn er nicht gesteht, ab und zu wohl „gebunden“.

LXXVIII.—LXXXIII.

Giftprobe ist nicht bekannt, auch die Bahrprobe nicht.

An Ordalen sind bekannt: das Ordal durch Beschauen der Eingeweide eines Huhns, das Stäbchenordal und namentlich das Ordal durch dudu (ein Insekt).

Bei letzterem wird eine Heuschrecke (von der kleinen Art, nicht die große Wanderheuschrecke) auf ein Stäbchen gesetzt, zwischen die beiden hinein, von denen einer gelogen haben muß. Je nachdem sie zum einen oder anderen hinhüpft, hat der eine oder der andere gelogen.

LXXXIV.

[Beruht der Staatsverband auf Geschlechtergenossenschaft?]

Auf Kabileneinteilung. Näheres nicht zu ermitteln.

LXXXV.

Auswanderung ist nicht eigentlich strafbar, nur zieht der Sultan die Schambe des Ausgewanderten an sich.

LXXXVI.

Als Adel sind die bahima[5]) (wahima, Singularis muhima) zu bezeichnen. Der Adel vererbt sich: der Sohn eines muhima

---

[5]) Die Bahima (auch Bahuma oder Wahuma, in Ruanda Watussi genannt) sollen bei der zentralafrikanischen Völkerwanderung von Norden zugewanderte hamitische Nomaden sein, die sich seßhaft gemacht, die eingesessene Bevölkerung unterworfen, aber deren Sprache und in der Hauptsache auch deren Sitten angenommen haben. Diese „Adeligen“ sind auch heute noch nach körperlichen Rassenmerkmalen leicht vom Volk zu unterscheiden.

ist wieder muhima. Der Sultan nimmt seine Frauen aus den Kabilen der bahima und diese heiraten die Töchter des Sultans oder wieder bahima-Weiber. Es gibt nämlich mehrere Kabilen der bahima, z. B. die Kronenkranich-, die Edelreiherkabile. Die katekiros müssen nicht notwendig bahima sein.

Es gibt bahima-katekiros und shenzi-katekiros (shenzi = Buschneger).

LXXXVII.

Schmiede sind zwar angesehen, aber ein eigentlicher Berufsstand sind sie nicht.

LXXXVIII.

[Besteht Häuptlingschaft?]

Ja. Sultanat von Kissiba. Der Sultan hat alles Recht, der Untertan leitet alle seine Rechte vom Sultan ab. Der Sultan ist Erbe, wenn Leibeserben fehlen. Ein Recht auf das Vermögen der Untertanen hat der Häuptling.

Die Rechte des Häuptlings hängen von der Boma (Residentur) sehr ab.

Die Thronfolge ist ganz willkürlich. Der Sultan bezeichnet unter seinen Kindern seinen Nachfolger.

LXXXIX.—XCIV.

Priester gibt es (mbandua), und zwar nicht nur für den mzimu kubwa, sondern auch für andere Geister. Der Tod des Sultans wird kurze Zeit, wie lang kann ich nicht sagen, verheimlicht. Die Mutter des Häuptlings spielt eine besondere Rolle. Wenn sie stirbt, wird eine andere „Mutter des Häuptlings“ von ihm aus den bahima gewählt. Sie und eine Frau des Sultans bewahren in besonderen Hütten die Milch für den Sultan auf und unterhalten in diesen Hütten ein ewiges Feuer.

XCV.—C.

Verwaltungsbeamte des Sultans sind die katekiros, die kleinere Bezirke unter sich haben. Der Sultan erhebt Steuern und fordert Frondienste.

X.

Chinesische Strafrechtsfälle.

Mitgeteilt von

Dr. iur. H. Betz

(an der deutschen Botschaft in Peking).

In allen Fällen, wo nach dem chinesischen Recht an sich auf Todesstrafe zu erkennen ist, muß die oberste richterliche Instanz jeder Provinz, d. i. der betreffende Generalgouverneur oder Gouverneur, die beabsichtigte Entscheidung an den Thron berichten und gleichzeitig das gesamte Aktenmaterial dem Justizministerium in Peking einsenden. Der Kaiser verfügt zunächst mit roter Tusche auf dem Bericht „Dem Justizministerium zum Bericht." Das Justizministerium gibt dann, gleichfalls in einem Thronbericht, auf Grund der Prozeßakten sein Gutachten darüber ab, ob die von dem Gouverneur vorgeschlagene Entscheidung auf einer richtigen Anwendung der Gesetze beruht. Auf den Ministerialbericht ergeht fast ausnahmslos die kaiserliche Verfügung: „Einverstanden."

Diese Thronberichte der Gouverneure sowohl wie des Justizministeriums werden von Zeit zu Zeit in einer beschränkten Auswahl durch den Reichsanzeiger (gewöhnlich „Peking-Zeitung", ching pao genannt) und neuerdings durch das „Regierungsamtsblatt" (cheng chih kwan pao) veröffentlicht und bilden für den Ausländer so ziemlich die einzige Quelle, aus der er einen oberflächlichen Einblick in die chinesische Judikatur gewinnen kann.

Als ein kleiner Beitrag zur Kenntnis des chinesischen Strafrechts dürfte deshalb die Mitteilung von ein paar charakteristischen Fällen aus jüngster Zeit willkommen sein.

I.

Thronbericht des Generalgouverneurs von Yünnan aus dem Reichsanzeiger vom 16. November 1907

betreffend
vorbedachte Tötung des Bräutigams durch den Buhlen der Braut ohne Mitwissen der letzteren.

Nach dem Gesetz wird derjenige, welcher mit einer verlobten Frauensperson Unzucht treibt und mit Vorbedacht deren Bräutigam tötet, unter analoger Anwendung der Bestimmungen über den Ehebrecher, welcher den Gatten der Ehebrecherin mit Vorbedacht tötet, mit Enthauptung auf der Stelle bestraft. Nach den neuen Bestimmungen ist die Enthauptung in Erdrosselung zu mildern. Hat die Braut um die Tat nicht gewußt und auch nicht die Tötung gewollt und hat sie die gerichtliche Anzeige erstattet, so ist statt auf lebenslängliche Verbannung auf 3jährige Verbannung und 100 Stockhiebe zu erkennen. Diese Strafe kann außerdem nach dem Gesetz durch Geld abgelöst werden; da im vorliegenden Fall die Angeklagte gänzlich mittellos ist, tritt an Stelle der Geldstrafe 160 Tage Zwangsarbeit in einem Arbeitshaus. Nach Ablauf dieser Frist ist die Angeklagte in den Gewahrsam ihrer Eltern zurückzugeben.

Anmerkung:

Diese Entscheidung beruht auf dem „Gesetzbuch der Ching-Dynastie“ (Ta ching lü li), Abschnitt 26, der von Vergehungen gegen „Menschenleben“ handelt. Das 4. Kapitel dieses Abschnittes trägt die Ueberschrift „Tötung des Ehebrechers“ und enthält u. a. auch die Bestimmungen über die

Tötung des Ehemanns oder der Ehefrau durch den Ehebrecher mit oder ohne Wissen der ehebrecherischen Frau. Das Verlöbnis ist um einen Grad weniger qualifizierend als die Ehe. So wird z. B. die ehebrecherische Ehefrau, auch wenn sie um die Mordtat nicht wußte, mit Erdrosselung unter Aufschub der Vollstreckung bis zur Höchstentscheidung bestraft, die Verlobte aber nur mit lebenslänglicher Verbannung. Hätte es sich im vorliegenden Falle um eine Ehefrau statt um eine Braut gehandelt, so hätte die Strafe nach dem Gesetz höchstens auf lebenslängliche Verbannung herabgesetzt werden können.

Nach dem Absorptionsprinzip des chinesischen Strafrechts kann der mit Totschlag konkurrierende Ehebruch nicht noch besonders bestraft werden. [Vgl. Chinesisches Strafrecht S. 31, 40. — Kohler.]

II.

Thronbericht des Justizministeriums.

(Fahrlässige Tötung, Notwehr, Minderjährigkeit des Täters.)

Durch kaiserliches Reskript vom 30. April d. J. ist unser Ministerium angewiesen worden, ein Rechtsgutachten über folgenden vom Gouverneur der Provinz Che kiang berichteten Fall abzugeben:

> Der Chang jung kwei aus dem Kreise Hsian hat, um seinem Vater das Leben zu retten, dadurch, daß infolge einer Berührung mit dem Kleiderärmel das Gewehr losging, den Lü kutai tödlich verletzt. Der Gouverneur votiert nach dem Gesetz für Erdrosselung unter Aufschub der Vollstreckung bis nach der Herbstkassation und beantragt unter Darlegung der gesetzlichen mildernden Umstände die kaiserliche Entscheidung wegen Ausübung des Begnadigungsrechts.

Nach dem Gesetz wird mit „Erdrosselung unter Aufschub der Vollstreckung“ bestraft, wer im Streit einen Men-

schen tötet, einerlei ob mit der Hand, dem Fuß oder einem Werkzeug. In den ergänzenden Statuten zum Kodex heißt es ferner: „Wenn Vater oder Mutter tatsächlich angegriffen werden und dabei in Lebensgefahr sich befinden, der Sohn ihnen deshalb zu Hilfe eilt und dabei einen Menschen tötet, so ist in dem Thronbericht auf diese strafmildernden Umstände ausführlich hinzuweisen und die Entscheidung des Kaisers im Gnadenwege anzurufen."

Im vorliegenden Falle ist der Angeklagte, weil er sah, wie der Lü ku tai mit seinem Vater in Streit geriet und diesem mit einem Gewehrkolben derart den Leib zusammenpreßte, daß dem Vater der Atem ausging und sein Gesicht sich verfärbte, in der Erregung seinem Vater zu Hilfe gekommen. Er hat den Lü am Arm gepackt und den Gewehrkolben ihm entrissen. Bei der Gelegenheit berührte der Angeklagte mit dem Aermel den Hahn, so daß das Gewehr losging und der Schuß den Lü tödlich verletzte. Dieser Erfolg war weder vorauszusehen noch zu verhüten.

Der vorliegende Fall ist nicht mit absichtlicher Tötung identisch, sondern muß, wie der Gouverneur bereits vorgeschlagen hat, nach Analogie der Bestimmungen über „Tötung im Streit" entschieden werden. Der Vater des Angeklagten hat sich tatsächlich in einer ernsten Gefahr befunden. Die ganzen Tatumstände können nur als höchst beklagenswerte bezeichnet werden. Der Gouverneur hat deshalb mit Recht den Antrag auf kaiserliche Entscheidung gestellt. Wird dem Angeklagten die Allerhöchste Begnadigung zu teil, so ist seine Strafe auf 100 Hiebe und lebenslängliche Verbannung nach einem 3000 Li (1500 km) entfernten Orte herabzusetzen.

Nun war aber der Täter nach seiner Aussage bei Begehung der Tat erst 15 Jahre alt. Das Gesetz spricht sich zwar nicht klar darüber aus, daß ein jugendlicher Verbrecher von 15 Jahren sich von Strafe loskaufen kann. Für den Herbstkassationshof besteht aber die Bestimmung, daß bei Verurteilung zu Verbannung im Gnadenwege die Verbannungs-

strafe in Geldstrafe umgewandelt werden kann, falls der Verurteilte bei Begehung der Tat unter 15 Jahre alt war. Diese Bestimmung kann analog auf den vorliegenden Fall angewendet werden. Der Angeklagte ist deshalb zum Loskauf von der Verbannungsstrafe zu verstatten.

Auf diesen Bericht erging ein Kaiserliches Reskript vom 7. November 1907 „Einverstanden; Begnadigungsantrag genehmigt.“ [Vgl. Chines. Strafrecht S. 19, 23 f. — Kohler.]

III.

Thronbericht des Justizministeriums.

(Tötung im Streit.)

Durch kaiserliches Reskript vom 7. September d. J. ist unser Ministerium zum Bericht über folgenden vom Gouverneur der Provinz Shansi an den Thron gemeldeten Fall aufgefordert worden.

Der Angeklagte Li sse aus dem Kreise Shen chih hsien war mit dem Chang von Yüan gut bekannt; die Beiden hatten früher nie etwas miteinander gehabt. Am 22. Juli 1906 fand beim Drachengottempel im Dorf eine Theatervorstellung statt. Der Angeklagte stand ganz vorn an der Bühne und sah sich die Vorstellung an. Der Chang kam auch nach dem Tempel, um sich die Vorstellung anzusehen; er stand hinter dem Li und bat diesen, der ein sehr großer Mensch ist, etwas zur Seite zu treten, um besser sehen zu können. Als Li darauf nicht reagierte, warf der Chang einen Stein nach ihm, ohne ihn aber zu verletzen. Die beiden fingen nun an, sich zu zanken und zu prügeln, und mußten von dem Dorfältesten auseinandergebracht werden. Der Angeklagte setzte sich dann an den Eingang des Tempels und verhielt sich ruhig. Als nach Schluß der Vorstellung der Chang beim Tempeleingang vorüberkam, machte der Li ihm Vorwürfe wegen des Steinewerfens. Da Chang sich dies nicht ge-

fallen ließ, fingen die beiden wieder an, sich gegenseitig zu beschimpfen. Als der Chang sich auf den Angeklagten stürzte und nach ihm schlug, zog dieser ein Messer hervor, stach nach dem Chang und traf ihn ins Herz. Chang stürzte zur Erde und verschied nach wenigen Augenblicken.

Der Gouverneur schlägt vor, den Angeklagten auf Grund des Gesetzes zum Tod durch den Strang zu verurteilen.

Nach dem Gesetz wird derjenige, welcher einen Menschen im Streit tötet, einerlei ob er die Verletzung mit Hand, Fuß oder Werkzeug beigebracht hat, zur Erdrosselung verurteilt und er hat die Strafvollstreckung im Gefängnis abzuwarten. Im vorliegenden Fall hat der Angeklagte Li, weil er während einer Theatervorstellung mit dem Chang in Streit geriet, diesen durch einen Stich ins Herz verletzt, so daß er starb. Das ist Tötung im Streit. Die Entscheidung des Gouverneurs ist deshalb dem Gesetz entsprechend. Der Li ist, wie beantragt, zum Tod durch den Strang zu verurteilen und die Vollstreckung der Strafe soll von der Entscheidung der Herbstassisen abhängig sein.

Wenn der Gouverneur ferner meint, daß über die von Chang zuerst gegen den Angeklagten verübte Beleidigung und Schlägerei mit Rücksicht auf seinen bereits erfolgten Tod nicht weiter zu befinden sei, so ist ihm auch hierin nur zuzustimmen.

Kaiserliches Reskript vom 21. November 1907: „Einverstanden.“ [Vgl. Chines. Strafrecht S. 40. — Kohler.]

IV.

Thronbericht des Generalgouverneurs von Hupei und Hunan vom 16. September 1907.

(Tötung des älteren Bruders und der Ehefrau wegen Ehebruch.)

Auf Grund persönlichen Verhörs habe ich folgenden Sachverhalt festgestellt: Der Angeklagte Yu chia kuo ist aus

dem Kreise Chieu shih gebürtig; die ermordete Yu, geborne Ho, war seine Ehefrau. Der Angeklagte hatte mit seinem gleichfalls ermordeten Bruder Yu chia chang zusammengewohnt, aber getrennten Haushalt geführt. Sie vertrugen sich gut und waren sich nicht feindlich gesinnt. Der Vater des Angeklagten, Yu chüan kai, lebte mit seinem ältesten Sohne Yu chia hua in einem besonderen Hause. Der Angeklagte arbeitete auswärts und kam nur selten nach Haus. Weder der Angeklagte noch sein Vater wußte, wann der Yu chia chang angefangen hat, mit der Frau des Angeklagten Ehebruch zu treiben. Im Jahre 1905 — des genaueren Zeitpunkts erinnert er sich nicht mehr — hörte der Vater des Angeklagten gerüchtweise, daß sein Sohn Yu chia chang mit der Yu ho shih Ehebruch treibe. Er machte ihm darüber ernste Vorwürfe und verbot es ihm. Da es sich um etwas Ungehöriges handelte, so sprach der Vater zu niemand davon. Auch der Angeklagte erfuhr damals noch nichts. In der Nacht des 26. Februar 1906 kehrte der Angeklagte von auswärts heim. Er sah, daß die Tür zum Zimmer seiner Frau nur leicht angelehnt war und die Lampe noch brannte, und hörte von drinnen eine Männerstimme. Voller Wut zog er ein Messer, das er zur Selbstverteidigung des Nachts bei sich trug, hervor, stieß die Tür auf und trat in das Zimmer, wo er seine Frau mit seinem Bruder in demselben Bette schlafend fand. Er stürzte sich auf seinen Bruder, der sich aufrichtete und davonlaufen wollte. Der Angeklagte versetzte ihm mehrere Messerstiche, worauf der Yu chia chang zur Erde fiel und schrie. In seiner fürchterlichen Erregung faßte der Angeklagte den Entschluß, ihm den Kopf abzuschlagen. Er ergriff sofort eine neben ihm liegende Holzaxt und hieb damit dem Yu chia chang den Kopf ab. Inzwischen hatte seine Frau sich angekleidet und war aufgestanden. Der Angeklagte stieß sie vor sich auf die Erde und schlug auch ihr den Kopf ab. Als die Verwandten den Lärm hörten, kamen sie herbeigelaufen und meldeten das Geschehnis dem Vater Yu chüan kai. Der Angeklagte er-

stattete sofort dem Ortsältesten Anzeige und begab sich mit den beiden abgeschlagenen Köpfen zum Kreisrichter, um sich selbst dem Gericht zu überliefern. Der Kreisrichter hat den Fall untersucht und die Akten dem Präfekten übersandt. Der Präfekt hat die Sache nach nochmaliger Prüfung an den Provinzialoberrichter abgegeben und von diesem ist sie mir, dem Generalgouverneur, unterbreitet worden. Nach nochmaliger sorgfältiger Prüfung fand sich, daß der vorstehend geschilderte Sachverhalt durch die übereinstimmenden Aussagen, die in keiner Instanz voneinander abwichen, erwiesen ist.

Nach dem Strafgesetz steht auf der absichtlichen Tötung des älteren Bruders der Zerstückelungstod. Durch die vom Thron genehmigten neuen Bestimmungen ist die Zerstückelung in Enthauptung abgeändert worden.

Im vorliegenden Fall hat der Angeklagte seinem älteren Bruder und seiner Frau mit einer Axt den Kopf abgeschlagen. Der Befund der Knochen und der Haut läßt keinen Zweifel darüber, daß die Ermordeten noch lebten, als ihnen die Köpfe abgeschlagen wurden. Die Ermordeten wurden am Ort der Tat beim Ehebruch ertappt und die Tötung erfolgte gleich auf der Stelle. Der Ermordete ist aber der ältere Bruder des Angeklagten. Infolgedessen liegt kein Grund vor, ihm zu verzeihen, obwohl er sich selbst dem Gericht gestellt hat. Er muß vielmehr nach dem Gesetz wegen absichtlicher Tötung bestraft werden. Daß der Angeklagte seine Frau, als er sie beim Ehebruch in flagranti erwischte, auf der Stelle tötete, bleibt nach dem Gesetz außer Betracht. Die Fälle, in denen der Ehemann einem Verwandten der älteren Linie (für den er 9 oder 12 Monate trauern muß) wegen Ehebruchs in flagranti tötet, werden alle nach den allgemeinen Bestimmungen über die absichtliche Tötung eines Verwandten der älteren Linie behandelt. Handelt es sich dabei um Brüder, so muß auf Enthauptung erkannt werden. Es ist aber abzuwarten, ob nicht das Justizministerium erklärt, daß ein kaiserlicher Gnadenerlaß zu gewärtigen sei.

Der Ehebruch zwischen Yu chia chang und der Yu ho shih ist eine schwere Verfehlung gegen das Gesetz. Da die beiden aber nicht mehr am Leben sind, so unterliegt diese Tat nicht mehr der Aburteilung.

Die Beerdigung der Ermordeten und die amtliche Verwahrung des Messers und der Axt als Beweisstücke ist angeordnet worden. Abschriften der Protokolle wurden gleichzeitig dem Justizministerium eingesandt.

Ich bitte Eure Majestäten untertänigst, das Ministerium eine Nachprüfung vornehmen und die Entscheidung fällen zu lassen.

Das kaiserliche Reskript lautet: „Dem Justizministerium zum Bericht."

Anmerkung:

Wenn im vorliegenden Falle, der übrigens sicherlich zur Begnadigung des Verurteilten führen wird, der ermordete Ehebrecher nicht ein naher Verwandter des Angeklagten gewesen wäre, hätte auf Freisprechung erkannt werden müssen. Denn nach chinesischem Recht darf der Ehemann den Ehebrecher und die schuldige Ehefrau unter der Voraussetzung ungestraft töten, daß er

1. die beiden in flagranti delicto ertappt und
2. beide auf der Stelle tötet.

Das Gesetz interpretiert den Begriff „auf der Stelle" sehr eng; ein Verfolgen des Ehebrechers bis vor die Tür fällt schon nicht mehr darunter und hat eine Strafe von 80 Hieben zur Folge. Erfolgt die Tötung zwar am Ort des Ehebruchs, aber nicht im selben Augenblick, dann erhöht sich die Strafe gleich auf 3 Jahre Verbannung. Wird sie aber gar von dem Tatort entfernt ausgeführt, so steht darauf Erdrosselung.

Tötet der Ehemann nur den Ehebrecher, aber nicht auch die Ehefrau, so wird er zur Erdrosselung verurteilt, die in lebenslängliche Verbannung gemildert wird, wenn die schuldige Ehefrau aus Scham Selbstmord begeht.

Wird nur die Ehefrau getötet, so unterscheidet das Gesetz weitere 3 Fälle:

1. Tötung am Ort des Ehebruchs und sofort nach der Ertappung in flagranti — Strafe 80 Hiebe;

2. am Ort der Tat, aber nicht sofort — Strafe 100 Hiebe;

3. nicht am Ort der Tat und erst nach einiger Zeit — Strafe 3 Jahre Verbannung.

Man sieht, der chinesische Gesetzgeber gibt dem betrogenen Ehemann nur dann das Recht, die Schuldigen selbst zu richten, wenn er im Augenblick höchster Erregung — also gleich bei Entdeckung des Ehebruchs — handelt. Dieses höchste Maß der Erregung hält er schon nicht mehr für vorliegend, wenn der Ehemann nur einen der beiden Schuldigen tötet, oder einige Zeit verstreichen läßt oder sich gar erst an einen andern Ort begibt. Dadurch wird die Tötung durch das hinzutretende Moment der Ueberlegtheit zum strafbaren Mord, bezw. zur unerlaubten Selbsthilfe. Das Gesetz zwingt also förmlich den Ehemann, auch die Ehefrau zu töten, um sich Straffreiheit zu sichern. Die Tötung der untreuen Ehefrau wird selbst im ungünstigsten Falle nur mit 3 Jahren Verbannung bestraft, die beiderseitigen Eltern haben ihr gegenüber sogar ein bedingungsloses Tötungsrecht. [Vgl. Chines. Strafrecht S. 14. — Kohler.]

V.

Thronbericht des Gouverneurs der Provinz Shansi.

Tötung von sechs Mitgliedern einer Familie durch Verbrennen, Anstiftung und Teilnahme daran, in Realkonkurrenz mit Diebstahl und Raub.

(Aus der „Sammlung der Edikte und Thronberichte“ vom 3. Oktober 1907.)

Auf den Bericht des stellvertretenden Magistrats von Tun liu hsien über die Verbrennung des Chang yü chih und seiner fünf Familienangehörigen durch Wushouti u. Gen.

hatte ich mit Rücksicht auf die Schwere des Falls den Präfekten der Provinzialhauptstadt mit der Untersuchung beauftragt. Die Untersuchungsergebnisse sind von dem Provinzialoberrichter und von mir, dem Gouverneur, durch nochmalige persönliche Vernehmungen nachgeprüft worden. Danach ist folgender Tatbestand erwiesen:

Wushouti, Kung chia erh, Li ho chia, Wus heng, Liu laota, Hou tsun hai, Chang yin teng und Chang ting li sind aus den Provinzen Chihli und Schantung gebürtig und lebten im Kreise Tunlin als Landarbeiter. Ursprünglich bestand keine Feindschaft zwischen ihnen und dem verstorbenen Chang yü chih. Chang yin teng ist der Sohn des Chang ting li.

Am 23. Juli 1906 hatte sich der Kung chia erh und der in einer anderen Strafsache bereits in Untersuchung befindliche Chang yin erh (auch ein Sohn des Chang ting li) verleiten lassen, dem Cheu tin erh, Ho te kwang, Wu sheng und dessen Schwager Chin nin erh bei der Beraubung des Lei ling chih im Kreise Hsin yüan Gefolgschaft zu leisten. Auf die Anzeige des Chang yü chih wurde der Chang yin erh verhaftet, während der Kung chia erh und Chin nin erh noch rechtzeitig Wind bekamen und entflohen. Dadurch zog sich Chang yü chih den Haß des Kung chia erh, Chang ting li, Chang yin teng und Wusheng zu.

Liu laota war früher Knecht im Hause des Chang yü chih und hatte wegen schlechter Behandlung den Dienst verlassen. Wushouti war durch Chang yü chih um ein Stück Bergland gebracht worden. Außerdem hatte Chang yü chih durch Chang yü kwang, Vater und Sohn, den Wushouti verprügeln lassen, so daß er längere Zeit krank war.

Li ho chia hatte, um sich verloben zu können, den Chang yü chih um ein Darlehen gebeten. Dieser widerrief seine anfängliche Zusage. Infolgedessen kam die Verlobung nicht zu stande und Li wurde von den Leuten ausgelacht. Alle die Genannten waren deshalb gleichfalls auf den Chang yü chih schlecht zu sprechen.

Am 20. April 1907 kamen Kung chia erh, Li ho chia, Wus heng, Chang ting li, Chang yin teng, Liu laota und Hou tsun hai zufällig im Hause des Wushouti zusammen und unterhielten sich. Das Gespräch kam auch darauf, daß die Beraubung eines gewissen Hu chang sheng im Jahre 1900, die Wushouti und Li ho chia aus Hungersnot verübt hatten, lange Zeit unentdeckt geblieben war. Erst Chang yü chih habe den Verdacht auf Wu und Li gelenkt und den Beraubten veranlaßt, Anklage zu erheben. Wushouti sagte: „Die Sache ging den Chang yü chih gar nichts an, weshalb will er uns ins Unglück stürzen?“ Auch Li ho chia, Kung chia erh und die übrigen gaben ihrem Hasse gegen Chang yü chih lebhaften Ausdruck. Wushouti machte daraufhin den Vorschlag, den Chang yü chih zu töten. Da er mit dem Hou tsun hai befreundet war, so bat er diesen, mitzuhelfen, und versprach ihm nach vollbrachter Tat eine Belohnung. Hou, Kung und die übrigen willigten ein. Da Wushouti befürchtete, die Söhne und Schwiegertöchter des Chang yü chih könnten später Rache nehmen, so wurde beschlossen, die gesamte Familie zu verbrennen. Die Tat sollte in der Nacht vom 28. April gemeinsam ausgeführt werden. Als der Zeitpunkt erschienen war, ging der Chang ting li wegen seines hohen Alters nicht mit. Zwischen 9 und 11 Uhr Abends begaben sich Wushouti und seine sechs Genossen, jeder mit Stricken bewaffnet, einzeln nach dem Hause des Chang yü chih. Um diese Zeit saß der Chang yü chih in der westlichen Strohhütte zusammen mit seinem ältesten Sohn und dessen Frau und dem Knecht Liu pao. Sein zweiter Sohn und dessen Frau saßen bei dem Ziegelofen. Alle waren noch wach. Wushouti und Genossen schlichen sich einzeln in die Hütte und den Ziegelofen und banden den Chang yü chih, seine beiden Schwiegertöchter und den Knecht Liu pao mit den Stricken an Händen und Füßen fest. Der älteste Sohn, Chang hung chih, der ein Krüppel war, wurde nicht gebunden. Der zweite Sohn und dessen Frau wurden auf den Feuerherd in der westlichen Hütte ge-

legt. Die ganze Hütte wurde mit Brennholz aus dem Hofe angefüllt. Kung chia erh goß Oel darüber und steckte es in Brand. Auf diese Art wurde Chang yü chih mit seiner ganzen Familie verbrannt. Bei dieser Gelegenheit raubte der Kung chia erh 1000 Käsch (ungefähr 1 Mark!) und vier Stück baumwollenes Zeug, worauf alle die Flucht ergriffen. Der Kreismagistrat kam ihnen allmählich auf die Spur und ließ sie verhaften.

Nach dem Gesetz wird

1. die Tötung von drei keines todeswürdigen Vergehens schuldigen Angehörigen einer Familie mit „Zerstückelung“ bestraft und das Hab und Gut des Täter unter die Hinterbliebenen der Ermordeten verteilt.

2. Teilnehmer, die sich besonders dabei angestrengt haben, werden enthauptet.

3. Wer an der Verabredung des Mords beteiligt gewesen ist, aber schließlich nicht mitging, wird um einen Grad milder bestraft als derjenige, welcher zwar mitging, aber nicht mitwirkte.

4. Fällt der Fall nicht unter eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, so kann nach Analogie entschieden werden.

5. Bei Mord von mehr als drei Mitgliedern einer Familie soll, nachdem das Urteil gefällt ist, gleichzeitig an den Thron berichtet und ein kaiserlicher Befehl zur einstweiligen Vollstreckung der Todesstrafe erbeten werden.

Im vorliegenden Falle hat der Wushouti zuerst wegen der Hungersnot mit Li ho chia und Genossen dem Hu chang sheng Lebensmittel geraubt und dann aus Haß gegen Chang yü chih den Li ho chia und Genossen überredet, fünf Mitglieder der Familie des Chang yü chih und den Knecht Liu pao zu verbrennen. Das ist ein im höchsten Grade ruchloses Verbrechen. Der Liu pao war ein gemieteter Knecht und zählt deshalb als Mitglied der Familie. Chang yü chih und seine Angehörigen waren alle rechtschaffene Leute und hatten sich

keines todeswürdigen Verbrechens schuldig gemacht. Gegen Wushouti ist deshalb, unter Nichtberücksichtigung der auf dem Lebensmittelraub stehenden leichteren Strafe der Verbannung, nach dem Gesetz betreffend Ermordung von drei unschuldigen Mitgliedern einer Familie auf Zerstückelung zu erkennen. Diese Strafe ist nach den neuen Bestimmungen in Enthauptung umzuwandeln. Da der Ort der Tat mehr als 300 Li (150 km) von der Provinzialhauptstadt entfernt ist, so habe ich bereits nach Beendigung der Untersuchung einen kaiserlichen Befehl erwartet und den Provinzialoberrichter und meinen Stabsoffizier beauftragt, die Strafe an dem Wushouti in der Provinzialhauptstadt vollstrecken zu lassen. Die Ausstellung des Hauptes hat nach den neuen Bestimmungen zu unterbleiben. Der Verurteilte hat zwar Frau und Kinder, doch sollen dieselben gleichfalls nach den neuen Bestimmungen nicht mit ihm büßen. Sein Hab und Gut wird dem Bruder des Ermordeten überwiesen.

Li ho chia und die anderen haben teils aus Rachsucht, teils aus Gewinnsucht sich verleiten lassen, die sechs Mitglieder einer Familie zu verbrennen. Ihr Verbrechen ist genau so verabscheuungswürdig.

Kung chia erh hat bei der Gelegenheit noch Geld und Kleider gestohlen und vorher an der Beraubung des Lei ling chih sich beteiligt. Diese Vergehen ebenso wie die Beteiligung des Li ho chia an dem Nahrungsmittelraub kommen gegenüber den schwereren Verbrechen nach dem Gesetz nicht besonders in Betracht, sondern werden nach dem für das schwerere Verbrechen maßgebenden Paragraphen bestraft.

Gegen Kung chia erh, Li ho chia, Wus heng, Liu laota, Hou tsau hai und Chang yin teng wird deshalb nach dem Gesetz über die besonders aktive Mitwirkung bei der Tötung von drei Mitgliedern einer Familie auf Enthauptung erkannt, die nach den neuen Bestimmungen in Erdrosselung umzuwandeln ist. Da Chang yin teng inzwischen im Gefängnis verstorben ist, so erledigt sich sein Fall hierdurch.

Chang ting li hat aus Rache bei der Verabredung der Mordtat mitgewirkt, beteiligte sich aber wegen seines hohen Alters nicht an der Ausführung. Nach dem Gesetz steht darauf der höchste Grad temporärer Verbannung. Da aber sechs Menschenleben umgekommen sind und der Chang seinen Sohn Chang yin teng in hervorragendem Maße an der Ausführung der Mordtat sich hat beteiligen lassen, so ist mit Rücksicht auf diese erschwerenden Umstände die Strafe um einen Grad zu erhöhen, d. h. auf 100 Hiebe und lebenslängliche Verbannung auf 2000 Li (1000 km) festzusetzen. Am Ort der Verschickung ist der Verurteilte unter Erlassung der Prügelstrafe in ein Arbeitshaus aufzunehmen.

Ich bitte Eure Majestäten, die Kaiserinregentin und den Kaiser, um Allerhöchste Entscheidung.

Dieselbe lautet: „Dem Justizministerium zum Bericht." [Vgl. Chinesisches Strafrecht S. 40, 16, 26. — Kohler.]

VI.

Thronbericht des Obersten Gerichtshof des Reichs (Taliyüan).
(Bewaffneter Raub.)

Der Strafantrag der Pekinger Leibgendarmerie gegen den Wang chin peng wegen Raub begangen am hellen Tag und unter Mitführung einer Waffe ist durch kaiserliches Reskript vom 23. Oktober d. J. dem Obersten Gerichtshof zur Erledigung überwiesen worden. Es wurde ein Mitglied des Strafsenats mit der Untersuchung des Falls beauftragt und folgender Sachverhalt festgestellt: Wang stammt aus der Provinz Chihli und kam seinerzeit nach Peking, um als Wagenzieher seinen Lebensunterhalt zu verdienen. Früher hat er sich nie etwas zu schulden kommen lassen. Im Juni d. J. erhielt er von dem ihm befreundeten Chao fu chang ein europäisches Gewehr mit dem Auftrag, es zu versilbern. Wang erklärte sich dazu bereit. Um jene Zeit — des genaueren Datums erinnert er sich nicht mehr — war sein Verdienst so

gering, daß er den Entschluß faßte, auf Raub auszugehen, um reich zu werden und ein gutes Leben führen zu können. Mit dem Gewehr bewaffnet zog er los und traf unterwegs einen Unbekannten. Wang vertrat ihm den Weg, bedrohte ihn mit dem Gewehr, entriß ihm einen Geldbeutel mit 20 Zehnkäschstücken und lief dann mit seinem Raub davon. Am 29. August ging der Wang wieder mit seinem Gewehr bewaffnet aus, um zu räubern, wurde aber von einem Polizisten festgenommen. Das bei seiner Verhaftung bei ihm vorgefundene Gewehr nebst Munition und der geraubte Geldbeutel sind dem Gericht eingeliefert.

Andere Straftaten sind nicht nachgewiesen, auch keine Komplizen vorhanden.

Nach den Allerhöchst genehmigten Spezialverordnungen wird Raub, falls es sich nur um eine einzelne Person handelt und der Täter die Waffe lediglich bei sich trug, mit Verbannung nach den äußersten Grenzen des Reichs und militärischer Zwangsarbeit bestraft. Im vorliegenden Falle hat der Wang, weil er in ärmlichen Verhältnissen lebte und es ihm schwer wurde, sein tägliches Brot zu verdienen, den Entschluß gefaßt, mit einem Gewehr bewaffnet auf Raub auszugehen, und hat sich auf diese Weise auch einmal bereichert. Er ist hernach auf Grund der zitierten Verordnung zur Verbannung mit Zwangsarbeit zu verurteilen. Er wird dem Kriegsministerium mit dem Ersuchen um Bestimmung des Verbannungsortes und Strafvollstreckung überwiesen. Nach Eintreffen am Ort der Verbannung bleibt er 10 Jahre im Gefängnis. Nach Ablauf dieser Frist wird mit ihm nach den Vorschriften über die Arbeitshäuser verfahren. Das Gewehr wird der Waffenkammer überwiesen.

Dieser Bericht wird mit der Bitte um Allerhöchste Entscheidung untertänigst vorgelegt.

Darauf erging das kaiserliche Reskript vom 21. November 1907: „Einverstanden.“ [Vgl. Chinesisches Strafrecht S. 45 f. — Kohler.]

VII.

Thronbericht des Obersten Gerichtshofs.

(Bewaffneter Bandenraub etc.)

In der Strafsache gegen Ko und Genossen.

Die Verhandlung vor dem Strafsenat unseres Gerichtshofs hat folgenden Tatbestand ergeben: Ko „der Kahlkopf“, Wang II, Li chang fu und Chao yung jung sind sämtlich in der Provinz Chihli beheimatet und waren früher keine Räuber. Ko der Kahlkopf war mit dem flüchtigen Wan III, Chang VII, Chioa dem Großen und Wang dem Großen bekannt. Wang II war ursprünglich in seinem Heimatdorf Polizist, gab diesen Beruf auf und ging nach Naukan, wo er zusammen mit dem flüchtigen Chang V und Wang „dem Buckligen“ beim Bahnbau als Arbeiter beschäftigt war. Im Mai 1907 kam Ko der Kahlkopf nach Peking, um Arbeit zu suchen. Im Juli ging er nach auswärts und traf mit Wan III zusammen. Beide klagten sich ihre Not und Wan III machte den Vorschlag, auf Raub auszugehen und die Beute zu verteilen. Ko der Kahlkopf willigte ein; Wan III gewann noch Chang VII, Chiao „den Großen“ und Wang „den Großen“ als Genossen.

1. Am 9. August trafen sich Ko der Kahlkopf und Wan III vor dem Tung chih men (ein Tor der Tatarenstadt von Peking). Wan III hatte ein Gewehr, Ko und die übrigen jeder ein Messer bei sich. Im ganzen waren es fünf Spießgesellen. Während der Nacht kamen sie bis zu einem Dorfe im Kreise Ta hsing. Dort sahen sie die Haustüre eines Einwohners noch offen stehen und drangen ein. Ko der Kahlkopf, Chang VII und Wang der Große standen im Hof „Schmiere“ (der chinesische Ausdruck heißt wörtlich „den Wind festhalten“), Wan III und Chiao der Große traten ins Zimmer, bedrohten den Hausherrn mit dem Gewehr, banden ihn fest, raubten Kleider und Geschmeide und liefen dann weg. Wan III hat die Beute versilbert und den Erlös unter alle gleichmäßig verteilt.

2. Am 10. August faßte der Li chang fu, weil er in Not war, den Entschluß, auf Raub auszugehen. Er kaufte von seinem Freunde Wang hsin ein Gewehr auf Kredit und begab sich damit auf eigene Faust nach dem Dorfe bei dem Tofang-Lager. Auf der Hauptstraße östlich vom Dorfe kam gerade der Hsiao yung mao mit einem Bündel auf dem Rücken des Wegs. Als Li ihn erblickte, vertrat er ihm den Weg, bedrohte ihn mit dem Gewehr und nahm ihm das Bündel ab. Am nächsten Tag versetzte er das Bündel in einem Pfandladen für einen halben Tael (= 1,50 Mk.), den er in Kupfergeld umwechselte und verausgabte. Da er kein Geld hatte, um das Gewehr zu bezahlen, gab er es dem Wang hsin zurück und wurde dann flüchtig.

3. Am 17. August faßte Ko der Kahle den Entschluß, auf Raub auszugehen. Er besprach sich mit Chang VII, der einwilligte. Zu zweit begaben sie sich mit Messern bewaffnet nach dem Dorfe Ma feng kou im Kreise Ta hsing. Sie trafen dort im Vorhof eines Begräbnisplatzes einen Knaben, der ein Pferd weidete. Ko der Kahlkopf trat auf den Knaben zu, bedrohte ihn mit dem Messer und lief mit dem Pferd weg. Als der Eigentümer dies erfuhr, rief er Soldaten zu Hilfe, die den Ko und das Pferd einfingen. Chang VII benutzte die Gelegenheit und floh.

4. Im selben Monat — des Tages erinnerte er sich nicht mehr — verließ Wang II die Arbeit und reiste nach Hause. Chang V und Wang der Bucklige machten denselben Weg. Chang V schlug vor, auf Raub auszugehen und die Beute zu teilen. Wang II und die übrigen erklärten sich einverstanden. Chang V hatte ein Gewehr, die übrigen Messer und Knüttel bei sich. Am 1. September begegneten sie im Kreise Chang ping chou dem Hsueh pao tzun, der ein Bündel auf dem Rücken trug. Chang V vertrat ihm den Weg und bedrohte ihn mit dem Gewehr. Wang II und die übrigen standen bei Seite und rührten keine Hand. Chang V nahm das Bündel mit Kleidern und Tuchen an sich und lief davon.

5. Am 9. September faßte der Chao yung jung, weil er in Not war den Entschluß, auf Raub auszugehen. Mit einem Messer bewaffnet begab er sich nach der Vorstadt außerhalb des Anting-Tores von Peking. Dort vertrat er dem des Wegs kommenden Yao chung den Weg, bedrohte ihn mit dem Messer und nahm ihm einen Rock und eine Börse mit 16 Dollars (= 32 Mk.) und 40 Kupfercash ab. Yao rief die Polizei zu Hilfe, welche den Chao verhaftete. Später wurden auch noch Lichangfu und Wang II vom Militär arretiert. Weitere Straftaten sind nicht begangen worden, auch sonstige Komplizen nicht vorhanden.

Da wenig Hoffnung ist, der noch Flüchtigen habhaft zu werden, so sollen zunächst die bis jetzt Verhafteten abgeurteilt werden.

Im Gesetz heißt es:

I. Ist der Raub vollendet, so werden alle, welche an der Beute beteiligt waren, ohne Unterschied ob Haupttäter oder Teilnehmer, zum Tod durchs Schwert verurteilt.

II. Räubereien im Bezirk der Reichshauptstadt werden mit Enthauptung und Ausstellung der Köpfe bestraft.

III. Das Ausstellen der Köpfe ist durch die neuen Verordnungen abgeschafft worden.

IV. Waren beim Raub mehr als drei Personen beteiligt und ist mit den mitgeführten Waffen lediglich gedroht worden, so wird der Teilnehmer, welcher beim Raub auf dem Platze war, aber nicht selbst Hand anlegte, zur Verbannung nach Turkestan und Vermietung als Sklave an das Militär verurteilt.

V. Sind am Raub nur ein bis zwei Personen beteiligt, so wird derjenige, welcher lediglich ein Gewehr bei sich trug, an die Grenzen des Reichs zur militärischen Dienstleistung verbannt.

VI. Wer am hellen Tage einem Menschen Wertgegenstände abnimmt, wird mit 100 Hieben und 3 Jahren Verbannung bestraft.

Im vorliegenden Falle hat

1. Ko der Kahlkopf sich dem Wan III angeschlossen, der zusammen mit Chang VII und Genossen den Hausbewohner beraubte, und an der Beute sich beteiligt. Während der Wan den Mann mit einem Gewehr bedrohte und knebelte, hat Ko im Hofe Schmiere gestanden. Seine Tat ist ebenso verwerflich. Da der Raub im Bezirk der Reichshauptstadt verübt wurde und einer der Beteiligten ein Gewehr bei sich hatte, so steht darauf Tod durch das Schwert und Ausstellung des Kopfes.

Der Pferdediebstahl, den er als Haupttäter gemeinsam mit Chang VII verübt hat (oben Fall 3), würde zwar nur mit Verbannung zu bestrafen sein. Die Verurteilung erfolgt aber nur auf Grund des Gesetzes, welches die strengste Strafe verhängt.

Ko der Kahlkopf ist hiernach auf Grund der sub I—III zitierten Gesetzesbestimmungen zum Tod durchs Schwert zu verurteilen.

2. Wang II wird wegen seiner Beteiligung an dem Fall 4, nach dem sub IV erwähnten Gesetz zur Verbannung nach Turkestan und Sklavendienst verurteilt. Diese Strafe ist nach dem Gesetz der Ming-Dynastie in Verschickung nach den Reichsgrenzen bis zu einer Entfernung von höchstens 4000 Li (= 2000 km) umzuwandeln.

3. Li chang fu fällt wegen des Falls 2 unter das Gesetz sub V; Verschickung nach den Grenzgebieten zum Militärdienst.

4. Chao yung jung (Fall 5) erhielt die sub VI erwähnte Strafe.

Der Li chang fu wird dem Kriegsministerium überwiesen zur Bestimmung des Verbannungsortes. Nach Eintreffen an der Verbannungsstätte ist der Verurteilte 10 Jahre im Gefängnis unterzubringen. Nach Ablauf dieser Frist hat er weitere 20 Jahre schwere Ketten zu tragen und harte Arbeit

zu tun. Alsdann ist er freizulassen und unter Polizeiaufsicht zu stellen. Mit der Verschickung ist bis zum Eintritt wärmeren Wetters im Frühjahr zu warten.

Die Behauptung des Wang II, daß der Chang V der Haupttäter gewesen sei und mit dem Gewehr gedroht habe, ist bisher nicht durch Zeugen erwiesen und könnte deshalb leicht eine Ausrede sein. Es soll deshalb vorläufig noch gewartet werden, ob sich Zeugen finden. Ist nach einer gewissen Zeit keine Hoffnung mehr, daß die Flüchtigen gefaßt werden, so soll dann erst das Urteil gegen ihn vollstreckt werden.

Chao yung jung wird unter Wegfall der Prügelstrafe, der Präfektur Shun tien fu zur Unterbringung in einem Arbeitshaus für die Dauer der Verbannung überwiesen. Nach Ablauf dieser Frist wird er unter strenge Polizeiaufsicht gestellt.

Die geraubten Gegenstände sind den betreffenden Eigentümern zurückzugeben. Von einem Ersatz des gestohlenen Geldes ist mit Rücksicht auf die Armut der Angeklagten abzusehen.

Die zuständigen Behörden werden angewiesen, die Verfolgung der noch flüchtigen Mitschuldigen fortzusetzen.

Kaiserliches Reskript vom 10. Januar 1908 „Einverstanden.“ [Vgl. Chines. Strafrecht S. 45 f. — Kohler.]

VIII.

Thronbericht des Obersten Gerichtshofs.

(Selbstmord einer Frau wegen verletzten Schamgefühls.)

Der Angeklagte Kuei ling ist geständig, durch unanständige Redensarten das Schamgefühl der Frau Wen, geborenen Kuei, verletzt und diese dadurch zum Selbstmord getrieben zu haben. Kuei ling ist Soldat in der Kompanie des Mandschurischen Hauptmanns Shuang fu vom Weißen Banner. Er ist ein Nachbar des Ehepaares Wen hsing, mit dem er viel ver-

kehrte. Im Mai 1907 verletzte sich der Wen durch einen Fall das Knie und ließ sich durch den Angeklagten einen Arzt besorgen. Nach der Heilung forderte der Angeklagte von dem Wen ein Geschenk für den Arzt. Wen schob das aber immer wieder hinaus. Am 19. Juni ging der Angeklagte wieder zu Wen, um ihn wegen des Geschenks zu mahnen. Der Wen war aber nicht zu Hause und Frau Wen lud deshalb den Angeklagten ein, näher zu treten, um sich ein wenig auszuruhen. Auf die Frage, weshalb der Arzt noch kein Dankgeschenk bekommen habe, sagte Frau Wen, sie hätten augenblicklich kein Geld. Da der Angeklagte mit Frau Wen sehr gut bekannt war, so neckte er sie mit den anzüglichen Worten: „Schreib mir das Geld gut, dann will ich es für dich bezahlen!“ (Darin lag nach chinesischer Auffassung die Aufforderung an Frau Wen, dem Angeklagten zu Willen zu sein, damit er das Geschenk für den Arzt bezahle.) Frau Wen geriet über diese freche Redensart in Zorn, schimpfte und schlug dem Angeklagten ins Gesicht. Inzwischen kam der Ehemann Wen nach Hause; seine Frau erzählte ihm weinend, was vorgefallen war. Während der Ehemann sich mit dem Angeklagten herumstritt, benutzte die Frau, die sich vor Scham nicht zu fassen wußte, die Gelegenheit, um Opium zu schlucken. Sie starb infolge der Vergiftung.

Im Gesetz heißt es: „Wenn eine Frauensperson, weil ein Mann ihr gegenüber unanständige Redensarten gebrauchte, aus Scham und Zorn Selbstmord begeht und wirklich kein anderer Grund vorlag, so ist auf Erdrosselung mit der Aussicht auf Revision zu erkennen.“

Dieser Tatbestand ist im vorliegenden Falle gegeben. Der Angeklagte ist deshalb aus dem Soldatenstand auszustoßen und zur Erdrosselung mit dem Vorbehalt der Revision durch die Herbstassisen zu verurteilen.

Die Verstorbene, die, obwohl nur eine einfache arme Frau, sobald sie die unanständigen Worte gehört hatte, sofort sich das Leben nahm, um ihre Keuschheit zu bezeugen, ver-

dient deshalb gelobt zu werden. Nach dem Gesetz hat sie eine Ehrentafel erhalten. Da sie außerdem eine Angehörige der acht Banner ist, sind vom Finanzministerium den Hinterbliebenen 30 Taels zu zahlen, damit die Familie ihr im Tempel der Keuschheit eine Opfertafel errichten kann.

Dieser Bericht ist im Einvernehmen mit dem Justizministerium und dem Kultusministerium abgefaßt worden. Wir bitten um die Allerhöchste Entscheidung. Dieselbe, vom 1. Januar 1908 datiert, lautete: „Einverstanden."

Anmerkung:

Zu dem vorstehenden Falle ist zunächst zu bemerken, daß der Selbstmord von Frauen aus Ehrgefühl in China als ein Beweis heroischer Tugendhaftigkeit glorifiziert wird und deshalb besonders in den unteren Volksklassen recht häufig vorkommt. Das hat aber den chinesischen Gesetzgeber nicht gehindert, sowohl Beihilfe wie Veranlassung zum Selbstmord mit den schwersten Strafen zu bedrohen. Bestraft doch das Gesetz schon denjenigen, der bei Verübung eines Selbstmordes untätig zuschaut, mit lebenslänglicher Verbannung. Die Beihilfe zum Selbstmord wird wie Teilnahme an beabsichtigter Tötung mit dem Tod bestraft. Ist der Selbstmörder ein Verwandter der aufsteigenden Linie (Eltern, älterer Bruder etc.), so steht auf der Beihilfe Zerstückelung, auf bloßer Zustimmung ohne aktive Hilfeleistung Enthauptung. Die Ehefrau, die ihrem Manne beim Selbstmord Beihilfe leistet, trifft Enthauptung, allerdings mit Aussicht auf Begnadigung.

Todesstrafe steht ebenfalls auf Worten und Taten, welche zum Selbstmord eines dritten die Veranlassung gaben, einerlei ob dieser Erfolg gewollt war oder nicht. Hierher gehören Drohungen, Belästigungen (z. B. seitens allzu sehr dringender Gläubiger!) und vor allem tätliche oder wörtliche Beleidigungen. Voraussetzung ist allerdings, daß der Selbstmord unmittelbar nach dem Vorfall verübt wird. Denn sonst ist der Kausalzusammenhang gestört. Wie lächerlich weit das

chinesische Gesetz eine Verantwortlichkeit für Selbstmord statuiert, zeigen zwei bei Alabaster „Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law“ S. 317 erwähnte Fälle. In dem einen wurde eine Ehefrau enthauptet, weil sich ihr Mann über ihren liederlichen Lebenswandel dermaßen grämte, daß er Selbstmord der Scheidung vorzog. In dem zweiten Fall hatte ein Dieb, um sich seinen Verfolgern zu entziehen, sich unter den Röcken einer Frau versteckt. Die Frau war darüber so erregt, daß sie Selbstmord beging. Der arme Teufel wurde für diesen Selbstmord verantwortlich gemacht und zu 3 Jahren Verbannung verurteilt.

In einem kürzlich aus der Provinz Chihli gemeldeten Falle hatten zwei Weiber, die Grundstücksnachbarn waren, wegen Grenzstreitigkeiten sich gegenseitig beschimpft und geprügelt; die eine von ihnen nahm sich die Schimpfworte so zu Herzen, daß sie sich an der Haustür ihrer Gegnerin mit Opium vergiftete. Das hierauf bezügliche Gesetz besagt: „Wenn weibliche Personen aus irgend einem Grunde in Wortstreit geraten und sich gegenseitig beschimpfen und eine von ihnen aus Zorn über ein beleidigendes Wort das Leben leicht nimmt (d. h. Selbstmord begeht), so wird die Schuldige zu 100 Schlägen und 3000 Li Verbannung verurteilt.“ An Stelle der Verbannung tritt neuerdings Internierung in einem Arbeitshaus. Außerdem hat die Schuldige den Hinterbliebenen der Selbstmörderin die Begräbniskosten zu erstatten. [Vgl. Chines. Strafrecht S. 42. — Kohler.]

IX.

Thronbericht des Obersten Gerichtshofs in Peking.

(Kindesraub und Notzucht.)

Am 12. Oktober 1907 wurde durch die Kommandantur der Reichshauptstadt der Angeklagte Wang II (auch Wang der Achzigste genannt) eingeliefert. Vor dem Gericht hat er zugegeben, daß er die Tochter und den Sohn des Kang ta ent-

führt uud die Tochter auch noch vergewaltigt hat. Die persönliche Vernehmung hat folgenden Tatbestand festgestellt:

Der Angeklagte ist aus dem Kreise Wan ping und mit dem Kang ta gut bekannt, der in der Vorstadt ein Bohnenkuchengeschäft besitzt. Im März 1907 trat der Angeklagte als Arbeiter in das Geschäft des Kang ta ein zu einem Monatslohn von 8000 Käsch. Er sah täglich die 16jährige Tochter und den 9jährigen Sohn des Kang ta. Da der Angeklagte selber keine Familie hatte und bei seinem geringen Lohn keine Ersparnisse machen konnte, kam ihm der Gedanke, die beiden gut aussehenden Kinder zu entführen und mit Vorteil zu verkaufen. Am 12. September war Kang ta mit seiner Frau ausgegangen. Der Angeklagte benutzte die Gelegenheit und zwang die beiden Kinder, mit ihm zu entfliehen. Als sie sich weigerten, bedrohte er sie mit einem Messer. Aus Furcht verließen sie mit ihm das Haus. Der Angeklagte nahm auch dem Kang ta gehörige Kleider und Schmuckgegenstände mit sich. Als sie Ma chia pu (Eisenbahnstation vor Peking) erreichten, weigerten sich die Kinder, noch weiter mitzugehen. Durch wiederholte Drohungen zwang sie aber der Angeklagte, bis nach Hai ting mitzukommen. Dort fand er im Hause eines Unbekannten eine Schlafstätte. Am 14. September mietete er ein Zimmer und lebte darin mit den beiden Kindern zusammen. Am selben Abend redete er dem Mädchen zu, mit ihm geschlechtlich zu verkehren. Als sie sich weigerte, bedrohte er sie mit dem Messer und rief: „Wenn du mir nicht zu Willen bist, dann bringe ich dich um!“ Das Mädchen wagte nicht zu schreien und wurde von dem Angeklagten geschlechtlich gebraucht. Am 21. September ließ der Angeklagte ein Weib von der Straße kommen, welche dem Mädchen die Stirnhaare wegrasieren sollte. (Zeichen der verheirateten Frau im Gegensatz zum Mädchen.) Als das Mädchen sich sträubte, hielt der Angeklagte ihr beide Hände fest, so daß sie es sich gefallen lassen mußte. Nachdem dies geschehen, gab er sich und das Mädchen fälschlich für Mann und Frau

aus. Am 28. September zog der Angeklagte um zu seinem Verwandten Wang ta. Am 3. Oktober erfuhr dies der Kang ta und ging mit seiner Frau zu Wang ta. Dort fanden die Eltern ihre beiden Kinder und ertappten auch den Angeklagten mitsamt den gestohlenen Kleidern und Schmucksachen. Frau Kang erfuhr von ihrer Tochter die gewaltsame Entführung und die Notzucht. Kang ta geriet darüber so in Wut, daß er dem Angeklagten mit Faustschlägen das rechte Auge verletzte. Frau Kang rief nach der Polizei und erstattete Anzeige.

Der Fall ist damit genügend aufgeklärt. Weitere Straftaten sind nicht erwiesen, sonstige Mitschuldige nicht vorhanden. Da keine Aussicht besteht, des Wang ta noch habhaft zu werden, so ist der Angeklagte abzuurteilen.

Nach dem Gesetz steht auf Kindesentführung ohne Wissen der Entführten Erdrosselung mit Wartefrist. Das Gesetz enthält keine klare Bestimmung darüber, wie die gewaltsame Entführung von Kindern zu bestrafen ist. Dieser Fall ist deshalb nach Analogie des Paragraphen über die Entführung eines Jungen und eines Mädchens zu beurteilen, d. h. in beiden Fällen ist auf Erdrosselung zu erkennen. Die nach der Entführung begangene Notzucht wirkt nach dem Gesetz nicht straferhöhend, sondern fällt gleichfalls unter das für die Haupttat maßgebende Gesetz [1]).

Gegen den Angeklagten Wang II (alias Wang den Achtzigsten) wird hiernach auf Grund des Gesetzes betreffend die Entführung von Kindern ohne deren Mitwissen auf Erdrosselung erkannt. Wegen der Strafvollstreckung ist die Entscheidung der Herbstassisen im Gefängnis abzuwarten.

Die Tochter Kang ti erh, welche unter Zwang Unzucht getrieben, und Kang ta, der den Entführer geschlagen hat, bleiben nach dem Gesetz straffrei. Die beiden Kinder werden ihren Eltern zurückgegeben. Der Zimmervermieter und die

---

[1]) Weil Notzucht ebenfalls nur mit bedingter Erdrosselung bestraft wird.

zum Rasieren des Stirnhaars gemietete Frau sind von dem Angeklagten nach seiner eigenen Aussage über die wahren Verhältnisse nicht aufgeklärt worden, sie brauchen deshalb nicht vorgeladen und in diese Sache verwickelt zu werden.

Gegen den Wang ta wird, sobald er festgenommen ist, besonders verhandelt werden.

Dieser Bericht hat im Konzept dem Justizministerium zur Nachprüfung vorgelegen und ist von diesem genehmigt worden.

Kaiserliches Reskript vom 10. Januar 1908: „Einverstanden." [Vgl. Chines. Strafrecht S. 43. — Kohler.]

X.

Thronbericht des Obersten Gerichtshofs

betreffend

Strafsache gegen den Polizeibeamten Kao chich und Genossen wegen Bestechung im Amte.

Auf Antrag des Ministeriums des Innern ist durch kaiserliches Dekret vom 7. Dezember 1907 die Strafsache gegen den Polizeibeamten Kao chich und Genossen unserem Gerichtshof zur Aburteilung überwiesen worden. Die Verhandlung vor dem betreffenden Senat hat folgendes ergeben:

Die Angeklagten Kao chich, Lu yüting und Cheu chingan sind aus den Präfekturen Tientsin, Tungchou (Provinz Chihli) und Li yang (Provinz Kiangsu) gebürtig. Kao chich hat sich den Rang eines „Hsien cheng (Submagistrat) erkauft und war vertretungsweise als Polizeibeamter der 8. Klasse beim Hauptpolizeiamt der Außenstadt in Peking tätig. Als solcher bearbeitete er die Gewerbesachen. Cheu chingan war ehemals Schreiber auf einem Polizeirevier, wurde aber wegen verschiedener Versehen entlassen. Chiang liutang ist Angestellter in dem Restaurant „Huifang" und mit dem Angeklagten Cheu chingan und Lu yüting gut bekannt. Lu yüting hatte früher eine Wechslerstube innerhalb des Kwangan-Tores.

Zwischen September und Oktober d. J. verlegte er sein Geschäft unter derselben Firma nach dem „Maultier- und Pferdemarkt“. Er begab sich deshalb auf das Hauptpolizeiamt, um sich einen Erlaubnisschein ausstellen zu lassen. Kao chich stellte fest, daß der Bürge bereits für einen anderen Wechslerladen eine Bürgschaft ausgestellt hatte, und wies ihn deshalb vorschriftsgemäß zurück. Lu yüting argwöhnte ein anderes Motiv und beauftragte deshalb den Chiang liutang, einen Mittelsmann ausfindig zu machen, und ließ durchblicken, daß er gern etwas dafür bezahlen würde. Der Chiang erinnerte sich, daß der Cheu chingan mit Kao chich gut bekannt war und übernahm den Auftrag. Im Oktober — des Tages erinnert er sich nicht mehr — lud der Chiang im Einverständnis mit Cheu den Kao chich nach dem Huifang-Restaurant zum Abendessen ein und brachte bei der Gelegenheit sein Anliegen vor. Kao chich ging darauf ein. Als der Cheu ihn frug, in welcher Höhe die „Gratifikation“ sein müsse, nannte der Kao chich keine bestimmte Summe. Am nächsten Tag begaben sich der Cheu und Chiang zu Lu yüting zur Besprechung. Lu sagte, er sei bereit, 130 Dollars (ca. 260 Mk.) zu zahlen und werde außerdem noch einen anderen Geschäftsbürgen suchen. Er übergab dem Cheu zunächst 30 Dollars in Papiergeld, der den Kao chich in ein Bordell einlud, ihm bei der Gelegenheit erzählte, daß der Lu bereits einen anderen Bürgen habe, und die 30 Dollars ihm in sein Taschentuch einwickelte mit dem Versprechen, nach Erledigung der Angelegenheit noch mehr Geld zu bringen.

Als daraufhin die Lizenz noch immer nicht ausgestellt wurde, beauftragte Lu nochmals den Chiang und Genossen, den Kao chich zum Abendessen in das genannte Restaurant einzuladen. Er übergab dem Cheu noch 100 Dollars zur Aushändigung an Kao chich. Cheu übergab dem Kao nur 70 Dollars und behielt die übrigen 30 für sich. Am 16. November ließ Kao chich durch Cheu die Lizenz dem Lu yüting überbringen.

Als das Polizeiamt dies erfuhr, leitete es eine Unter-

suchung ein und erstattete Anzeige beim Ministerium des Innern, welches den Kao chich seines Amtes enthob und beim Thron die Ueberweisung an den Obersten Gerichtshof beantragte.

Kao chich und Cheu chingan haben die erhaltenen Bestechungsgelder zurückgezahlt.

Es kommen folgende Gesetzesbestimmungen in Betracht:

1. Beamte, welche Bestechungsgelder annehmen, werden bestraft je nach der Höhe der betreffenden Summen. Bei Beamten ohne festen Gehalt ist die Strafe um einen Grad milder. Ist die Handlung, zu deren Vornahme die Bestechung gezahlt wurde, nicht gesetzwidrig, so rechnet die empfangene Summe nur zur Hälfte. Bei 30 Taels (90 Mk.) ist die Strafe 90, bei 40 Taels 100 Hiebe.

2. Derjenige, welcher die Bestechung begeht, sowie sein Mittelsmann, der für ihn spricht und das Geld überbringt, werden in Bezug auf die Höhe des Objekts in derselben Klasse bestraft wie der Bestochene. Bei Beamten ohne festes Gehalt vermindert sich die Strafe um einen Grad[2]).

3. Wenn Beamte für eine nicht gesetzwidrige Handlung Bestechungsgelder angenommen haben, den vollen Betrag aber innerhalb eines Jahres zurückerstatten, so sollen geringere Strafen als Verbannung erlassen werden.

Im vorliegenden Fall hat der Kao chich für eine nicht gesetzwidrige Handlung (die Zurückweisung der ersten Bürgschaft) 100 Dollars Bestechung angenommen. 100 Dollars sind gleich 72 Taels, davon kommt die Hälfte = über 30 Taels für die Strafabmessung in Betracht. Als Inhaber des Ranges eines Submagistrats ist er Beamter ohne festen Gehalt. Seine Strafe ist also von 90 Hieben auf 80 zu ermäßigen. Das leichtere Vergehen seines Verkehrs in dem Bordell bleibt außer Betracht. Da er ferner die gesamte Bestechungssumme

---

[2]) Aber ohne Rücksicht auf die für den Bestochenen etwa maßgebenden strafmildernden, -erschwerenden oder -aufhebenden Umstände.

innerhalb der vorgeschriebenen Frist zurückerstattet hat, so ist ihm die Strafe zu erlassen. Da er sich aber charakterlos benommen hat, so ist ihm auch sein Rang als Submagistrat abzuerkennen neben der bereits verfügten Entlassung aus dem Polizeidienst.

Bei Lu yüting ist die von ihm gezahlte Bestechungssumme von 130 Dollars auf die Hälfte zu ermäßigen, so daß für die Strafe über 40 Taels in Ansatz kommen. Die daraufstehende Strafe von 100 Hieben wird, da Lu in derselben Klasse wie der Kao zu bestrafen ist, auf 90 Hiebe herabgesetzt.

Cheu chingan und Chiang lintaug haben sich als Mittelsmänner schuldig gemacht. Der Cheu hat zwar die selbst eingesteckten 30 Dollars innerhalb der vorgeschriebenen Zeit wieder zurückerstattet; das befreit ihn aber nicht von seiner Strafe für seine vermittelnde Tätigkeit. Beide sind um 1 Grad milder als Kao shich, d. h. mit 80 Hieben zu bestrafen.

Die gegen Lu, Cheu und Chiang erkannten Prügelstrafen sind nach den neuen Bestimmungen in Geldstrafen umzuwandeln. Die zurückgezahlten Bestechungsgelder werden für den Fiskus eingezogen.

Genehmigt durch kaiserliches Dekret vom 20. Januar 1908. [Vgl. Chines. Strafrecht S. 34. — Kohler.]

XI.

Bericht des Untersuchungsgerichts beim Generalgouvernement der Provinz Chihli an den Generalgouverneur Yang

betreffend

Strafsache gegen Feng chih hui und Genossen wegen Münzvergehen.

Der mit dem Verhör der Angeklagten beauftragte Hilfsrichter Ting lun en hat folgenden Sachverhalt festgestellt:

Feng chih hui stammt aus Kicoho hsien, 59 Jahre alt; Kulanfêng ebendaher, 63 Jahre alt, Kumen ebendaher,

46 Jahre alt. Feng ist ein kleiner Händler, Kulanfêng Besitzer eines kleinen Gasthauses, Kumen Hausierer mit Kopfputz. Kulanfêng ist ein entfernter Onkel des Kumen (nicht in einer Trauerklasse mit ihm verwandt). Anfang Juli 1907 wollte Feng nach Hartin in der Mandschurei gehen, um nach seinem Neffen zu suchen. Als er erfuhr, daß in dem Wirtshaus des Kulanfêng falsche Silberdollars und Kupfergeld zu verkaufen waren, beschloß er sich welche zu kaufen, um sie unterwegs mit Vorteil wieder zu verkaufen und dadurch die Reisekosten herauszuschlagen. Er borgte sich deshalb von einem benachbarten Wechslerladen 10 echte Dollars und suchte den Kulanfêng auf, mit dem er verabredete, für jeden falschen Dollar 600 Käsch und für jedes falsche Kupferstück 5 Käsch zu zahlen. Kulanfêng beauftragte den Kumen und dessen Bruder Kuhu, das gewünschte falsche Geld aus der Falschmünzerwerkstätte der Gebrüder Chao in dem Nachbardorfe Chao chia chuang zu besorgen. Feng kaufte alsdann für 10 echte Dollars 19 falsche Dollars und 900 falsche Kupferstücke, steckte sie in seinen Reisesack und machte sich auf den Weg. Am 17. Juli wurde er im Kreise Chinghai von der Polizei verhaftet. Für die Festnahme des Kuhu und der Gebrüder Chao ist keine Aussicht vorhanden.

In der vom Thron genehmigten Allgemeinen Verordnung des Justizministeriums vom 30. September 1905 heißt es: „Wer künftig wissentlich falsches Silber-, Kupfer- oder Papiergeld kauft, verkauft oder in Verkehr bringt, soll ohne Rücksicht auf die Höhe des Betrags einen Grad milder wie ein Komplize, d. h. mit 3 Jahren Verbannung und 100 Hieben bestraft werden."

Im vorliegenden Falle haben die Angeklagten Ku und Genossen ganz genau gewußt, daß die entwichenen Brüder Chao eine Schmelze zur heimlichen Fabrikation von falschen Silber- und Kupfermünzen eingerichtet hatten. Trotzdem wagten sie es, das falsche Geld aufzukaufen und mit Vorteil wieder zu verkaufen. Die drei Angeklagten sind deshalb zu

einfacher Verbannung zu verurteilen. Da Kulanfêng und Feng chih hui das sechste Jahrzehnt bereits überschritten haben bezw. sich darin befinden, so sollen sie in ihrem Heimatkreise eine 3jährige Gefängnisstrafe verbüßen. Den Kumen beabsichtigen wir, dem Arbeitshause in Tientsin auf 3 Jahre zu überweisen.

Der Generalgouverneur verfügte auf den Bericht am 22. Oktober 1907 „Einverstanden; bitte das weitere zu veranlassen!"

Anmerkung:

Das chinesische Strafrecht behandelt die Münzdelikte in dem 32. Abschnitt unter „Fälschungen". Es bestraft sowohl die Falschmünzerei wie den Münzbetrug. Nach der oben zitierten Verordnung von 1905 werden der Falschmünzer und seine technischen Gehilfen, ohne Rücksicht auf die Höhe des Betrags, mit „bedingter Erdrosselung" wie die übrigen Beteiligten zur Verschickung nach Ostturkestan als Staatssklaven bestraft. Die Fälschung ausländischen Geldes war, trotzdem es namentlich in den chinesischen Vertragshäfen in großen Mengen zirkuliert, früher straffrei. Erst 1906 ist auf Antrag der Justizreformkommission verordnet worden, daß Falschmünzerei und Münzbetrug bei ausländischem Gelde um 1 Grad milder als bei einheimischem Gelde bestraft werden sollen. Die schwerste Strafe für Fälschung eines mexikanischen Dollars oder einer Note der deutsch-asiatischen Bank würde danach Verbannung auf 3000 Li sein. Die Verbannungsstrafen sind nach den neuen Bestimmungen in Arbeitshäusern zu verbüßen[1]). [Vgl. Chines. Strafrecht S. 36. — Kohler.]

[1]) [Was diese Mitteilungen besonders kennzeichnet, ist der moderne Fortschritt des neuesten chinesischen Strafrechts: an Stelle des Intausendstückeschneidens die Enthauptung (S. 400, 406) und Arbeitshaus statt Verbannung (S. 407, 408, 424); das Ausstellen des abgeschlagenen Kopfes verschwindet (S. 412). — Kohler.]

XI.

Analyse des national-grusinischen Obligationenrechts im Kodex König Wachtangs VI.

Von

Dr. jur. **Rudolf Klutmann**, Berlin.

Literatur.

Abich: Aus kaukasischen Ländern. Reisebriefe, Bd. I u. II. Wien 1896.

Archimandrid Eugenius: Kurze Geschichte des Prinzen Heraklius und des gegenwärtigen Zustandes von Georgien. 1793.

Bodenstedt: Die Völker des Kaukasus und ihre Freiheitskämpfe gegen die Russen. Berlin 1855. 2 Bände.

Brosset: Histoire de la Géorgie. St. Pétersbourg 1849. 3 Bände.
Additions et éclaircissements à l'Histoire de la Géorgie. St. Pétersbourg 1851.
Déscription géographique de la Géorgie par le Tsarévitch Wakhoucht. St. Pétersbourg 1842.
Rapports sur un voyage archéologique dans la Géorgie et dans l'Arménie. St. Pétersbourg 1851. 2 Bände.
Voyage archéologique dans la Transcaucasie. St. Pétersbourg 1856.

Bruns und Sachau: Syrisch-römisches Rechtsbuch aus dem 5. Jahrhundert. Leipzig 1880.

v. Erkert: Der Kaukasus und seine Völker. Leipzig 1887.

Frenkel und Bakradze: Sammlung der Gesetze des grusinischen Zaren Wachtangs VI. Tiflis 1887.

v. Hahn: Aus dem Kaukasus. Leipzig 1892.

v. Haxthausen: Transkaukasia. Leipzig 1856. 2 Bände.

Holldack: Zwei Grundsteine zu einer grusinischen Staats- und Rechtsgeschichte. Leipzig 1907.

Karst: Grundriß der Geschichte des armenischen Rechts in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. XIX.
Armenisches Rechtsbuch. Straßburg 1905. 2 Bände.
v. Klaproth: Reisen in den Kaukasus und nach Georgien. Halle und Berlin 1812. 2 Bände.
Kohler: Das Recht der Armenier in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Bd. VII.
Islamitisches Obligationen- und Pfandrecht, in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. Bd. VI.
Leist: Das georgische Volk. Dresden 1903.
Merzbacher: Aus den Hochregionen des Kaukasus. Leipzig 1901. 2 Bände.
Radde: Die Chewsuren und ihr Land. Kassel 1878.

I. Die Quellen.

Der Titel dieser Abhandlung könnte dazu verleiten, anzunehmen, daß das national-grusinische [1]) Obligationenrecht innerhalb des Kodex Wachtangs VI. [2]) als solches einen fest-

---

[1]) Als die wichtigsten Schriften, in denen über Grusien, Geschichte, Land und Leute etc. gehandelt wird, führe ich folgende an:

Abich: Aus kaukasischen Ländern cit.
Bodenstedt: Die Völker des Kaukasus und ihre Freiheitskämpfe gegen die Russen cit.
Brosset: Histoire de la Géorgie cit.
Additions géographiques de la Géorgie cit.
Rapports sur un voyage archéologique cit.
Voyage archéologique dans la Transcaucasie cit.
Hahn: Aus dem Kaukasus cit.
v. Haxthausen: Transkaukasia cit.
v. Erkert: Der Kaukasus und seine Völker.
Holldack: Zwei Grundsteine zu einer grusinischen Staats- und Rechtsgeschichte cit.
v. Klaproth: Reisen in den Kaukasus und nach Georgien cit.
Leist: Das georgische Volk cit.
Merzbacher: Aus den Hochregionen des Kaukasus cit.
Radde: Die Chewsuren und ihr Land cit.

[2]) Ich richte mich in der Orthographie dieses Namens nach Haxt-

umrissenen Bestandteil bildete, etwa wie das Recht der Schuldverhältnisse innerhalb des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches, streng geschieden vom Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht, nicht nur äußerlich durch eine deutlich abgetrennte Paragraphenreihe, sondern auch innerlich durch die Konsequenz rein obligatorischer Gedanken und Beziehungen. Dem ist nun nicht der Fall. Im Gegenteil, die einzelnen Elemente der juristischen Disziplinen und Institute sind zum größten Teil derart äußerlich und innerlich untereinander verwoben, daß es fraglich erscheint, ob dem grusinischen Gesetzgeber der Begriff z. B. des Obligationenrechts plastisch vorgestanden hat.

Sache des Forschers ist es nun, System in solches Chaos zu bringen und die wichtigsten schuldrechtlichen Prinzipien aus dem regellosen Nebeneinander der Bestimmungen heraus festzustellen. Doch damit sind die Schwierigkeiten der gesetzten Aufgabe nicht erschöpft.

Der Ausdruck „national-grusinisches Obligationenrecht" im Titel weist darauf hin, daß in dem Kodex Wachtangs das national-grusinische Recht nicht allein Platz findet. In der Tat enthält der Kodex[3]), der als Gesetzbuch von König Wachtang VI. von Grusien am 15. Februar 1723[4]) publiziert wurde und der mir in der von Rechtsanwalt Frenkel und Bakradze im Jahre 1887 in Tiflis in russischer Sprache herausgegebenen „Sammlung der Gesetze des grusinischen Zaren Wachtangs VI." vorliegt, neben einer Reihe von nationalen Gesetzen national fremdes Recht, bestehend aus den griechi-

---

hausen: Transkaukasia II, S. 194; Karst: Armenisches Recht in der Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. VI, S. 352 und Holldack a. a. O. z. B. S. 20. Kohler schreibt ihn „Vakhtang" z. B.: Recht der Armenier in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. VII, S. 399 ff.

[3]) Ueber das Nähere seiner Entstehung und Bedeutung, vgl. Haxthausen a. a. O. II, S. 193 ff., Holldack a. a. O. S. 91 ff.

[4]) Vgl. Haxthausen a. a. O. II, S. 195 und Karst a. a. O. S. 352.

schen, armenischen und mosaischen Gesetzen. Die Stellung dieses Rechts war das eines subsidiär in Anwendung kommenden Hilfsrechts. Der König sagt in der Vorrede über sie [5]): „Richter, erfahret, betrachtet und erwäget auch diese Gesetze, die euch am besten dünken, wendet an, und schaffet ein gerechtes Gericht."

Sie sollen aus vorliegendem Versuch ausgeschaltet und nur, wenn sich interessante Vergleiche oder Gegensätze zum nationalen Recht zeigen, herangezogen werden.

Der nationale Teil des Kodex umfaßt die Gesetze König Georgs V. (1318—1346), der Attabegen Beka (1361—1391) und seines Enkels Agbugha (1444—1451), der Catholicos Malakja und Eudemon und das Gesetz des Königs Wachtang VI.

Die Frage nach der Bedeutung dieser Gesetze als bindendes Recht und ihrem Verhältnis untereinander bietet mancherlei Schwierigkeiten. Aus den Vorreden, die König Wachtang VI. seinem Gesetze zufügt, ergibt sich, wie Holldack a. a. O. S. 92 ausführt, „daß die Bestimmung dieser Kompilation vom Gesetzgeber nicht etwa als die Entscheidungen des Richters unbedingt bindende Normen gedacht waren, sondern daß nach des Königs eigenen Worten der Richter aus ihnen nur Rat und Belehrung zur pflichtmäßigen Ausübung seines Richteramtes nehmen sollte".

Wie Holldack weiter unten darlegt, waren bezüglich des Gesetzes Wachtangs die tatsächlichen Verhältnisse jedoch so, daß dieses Gesetz dadurch, daß es dem alten grusinischen Gewohnheitsrecht entnommen und „vor den anderen Teilen seiner Kompilation durch die ganze Autorität des Königs gestützt" war, nicht nur im Ansehen einer Bestimmung stand, die zu befolgen im Belieben des Richters lag, sondern daß es prinzipale Gesetzeskraft hatte.

Dies gilt vom Gesetze Wachtangs, dies gilt nicht von den übrigen früheren Gesetzen. Sie sind, wie Holldack a. a. O.

---

[5]) Vgl. Holldack a. a. O. S. 95 ff.

S. 93 weiter ausführt, „in ihrer ursprünglichen Form unverändert in die Kompilation eingereiht worden“, ohne daß also der Gesetzgeber, wie Justinian, eine Auswahl der Rechtsnormen traf mit der Bestimmung, in die Lücken seines Gesetzes ergänzend einzuspringen und den Bau des Kodex in allen Teilen konsequent und notwendig zu vollenden unter Vermeidung aller Unstimmigkeit. Es scheint beinahe, als ob ein starkes historisches Interesse die legislatorische Arbeit beeinträchtigt habe.

Wie dem auch sein mag, das Resultat ist das, daß auch den übrigen nationalen Gesetzen angesichts der alleinigen Geltung des Gesetzes Wachtangs nur eine subsidiäre Bedeutung zukommt. Ich werde also bei meiner Analyse das Wachtang'sche Gesetz zu Grunde legen und die übrigen Gesetze in ihrer relativen Bedeutung würdigen. Ebenso werde ich auch das Gewohnheitsrecht, das sich im Anschluß an Wachtangs Kodex gebildet hat, erst in zweiter Linie berücksichtigen. Andere Quellen[6]), wie z. B. die Urkunden bei Brosset[7]), aus denen man auf die rechtlichen Verhältnisse schließen kann, werden nur, soweit sie zur Klärung Interesse bieten, zugezogen werden.

Holldack, auf dessen lichtvollem Werk über grusinisches Recht ich im folgenden in erster Linie fußen werde, versucht S. 113 ff. aus dem Gesetze Wachtangs ein System herauszuschälen. Das Ergebnis fällt für die verschiedenen Rechtsdisziplinen durchaus verschieden aus. Innerhalb des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, ist die systematische Arbeit des Gesetzgebers unverkennbar. Ich verweise bezüglich dieser Materie auf die wertvolle Analyse Holldacks[8]). Dem behandelten Privatrecht dagegen kann man nur das Prädikat „systemlos“ geben. Natürlicherweise tritt in einem Lande mit einer so tief in die privatrechtliche Sphäre ein-

---

[6]) Vgl. über sie im allgemeinen Holldack a. a. O. S. 13 ff.

[7]) Vgl. Histoire de la Géorgie, II. Livraison, Addition XVI, „Etudes sur les chartes“, S. 441 ff.

[8]) A. a. O. S. 114 ff.

schneidenden Tätigkeit der Staatsorgane die Bedeutung des Privatrechts zurück, doch daß die privatrechtliche Gesetzgebung innerhalb des Gesetzes Wachtangs beinahe den Charakter einer gelegentlichen Abschweifung aus dem öffentlichen Recht erhält, muß sonderbar berühren, wenn man an die berühmten privatrechtlichen Vorbilder denkt, die Wachtang kennt.

Ebenso ist das systematische Bestreben innerhalb eines obligatorischen Instituts, um auf mein spezielles Gebiet zu kommen, kein bemerkenswertes. Die geringen Ansätze, die in dem Abschnitt „Vom Darlehen“ gemacht werden, indem hier das Gesetz zunächst die Arten des Darlehens angibt, darauf Gewichtsbestimmungen und Vorschriften über die Höhe der Prozente und die Art ihrer Zahlung, sodann logisch die Behandlung des Falles anschließt, daß eingegangene Schulden nicht bezahlt werden, wie Schulden eingetrieben werden und welche Personen und wie sie haften, kommen lediglich dem Institute des Darlehens zu gute, das sich — man kann daraus auf seine Wichtigkeit in Grusien schließen — besonders ausführlicher Behandlung erfreut.

Außer diesem privatrechtlichen Abschnitte finden sich noch die Ueberschriften „Vom Kauf“, „Vom Tausch“, „Von der Bürgschaft“. Doch werden diese Institute zum Teil lückenhaft und mit unverhältnismäßiger Hervorhebung eines eigentümlichen Elementes des betreffenden Instituts, wie z. B. Mängelhaftung beim Tausch, behandelt.

Andere obligatorische Institute wie Verwahrung, Leihe, Miete sind als solche erkennbar, ohne daß man jedoch das Gefühl hätte, der Gesetzgeber betrachte sie bewußt gesondert und den vorgenannten gleichberechtigt, ein Gefühl, das in der Aeußerlichkeit Bestätigung findet, daß z. B. die Verwahrung, die in einer Reihe Paragraphen behandelt wird, der Ueberschrift entbehrt. Auch ist hier, wie bei der Leihe und Miete, weniger auf das Spezifische der Vertragsform, ihre Begründung, Inhalt, Beendigung gleichmäßig eingegangen, als auf

eine Eigentümlichkeit, die bei allen drei Instituten gesetzgeberische Beachtung finden muß, auf die Haftung desjenigen, der den in Verwahrung oder zur Leihe oder zur Miete gegebenen Gegenstand als Verwahrer, Entleiher oder Mieter besitzt. Ich sehe daher, wie ich es auch unten getan habe, bei der Behandlung dieser Institute von einer scharfen Trennung und Einzelbetrachtung ab und behandle sie unter der Aufschrift „von der Haftung für anvertraute Gegenstände" gleichzeitig, indem ich ihr Spezifikum als obligatorisches Institut nur andeutend streife.

Andere wichtige obligatorische Institute, wie z. B. die Schenkung, finden sich in Wachtangs Gesetz überhaupt nicht, sondern in den älteren grusinischen Gesetzen, wo sie vollkommen systemlos den meist öffentlich-rechtlichen Normen beigefügt sind. Ich werde sie bei den verwandten Instituten zusatzweise erwähnen.

Wenn man nun der Meinung ist, daß die Abschnitte, bezw. Paragraphen, die entweder ein obligatorisches Institut zur Ueberschrift oder zum Hauptthema haben, ganz und ausschließlich von Elementen des Schuldrechts erfüllt sind, so ist das wieder ein Fehlschluß. Zunächst enthalten die meisten schuldrechtlichen Paragraphen auch öffentliches Recht, indem nicht nur prozessuale Verhaltungsmaßregeln und Folgen angegeben sind, sondern auch staats- und verwaltungsrechtliche Bestimmungen über Abgaben[9]), über Befugnisse des Königs[10]) innerhalb der privatrechtlichen Sphäre getroffen werden. Sodann ist die Sonderung innerhalb der privatrechtlichen Disziplinen nicht streng durchgeführt. Sachenrecht, Familienrecht und Erbrecht sind sehr oft innerhalb der obligatorischen Paragraphen untergebracht, die beiden letzteren besonders in dem Abschnitt vom Darlehen, wo bei Gelegenheit der Haftungserörterung von ihrer Ausdehnung sowohl auf die Familie als

---

[9]) Z. B. § 162 W.
[10]) Z. B. § 160 W.

auch auf die Erben sehr ausführlich die Rede ist. Sachenrechtliche Elemente sind öfters derart in obligatorische Erörterungen verwoben, daß man, wie schon oben angeführt, zweifeln könnte, ob dem Gesetzgeber der Unterschied der beiden Disziplinen bis in ihre letzten Konsequenzen ganz geläufig war. Beim Kauf besonders wird so oft die Frage des Eigentums erörtert, daß bei meiner Interpretation gelegentliche Exkurse in das Sachenrecht unvermeidlich sein werden.

Nach den obigen Ausführungen könnte mein Unternehmen verwunderlich und verwegen erscheinen, aus der unorganischen Masse der privatrechtlichen Bestimmungen des national-grusinischen Rechts eine Analyse des Obligationenrechts vornehmen zu wollen; verwunderlich, weil es nicht lohnenswert erscheint, verwegen, weil ich den Begriff „Obligationenrecht" prätendiere. Nun, daß die gesetzte Aufgabe lohnenswert ist, wird die Fülle interessanter und völlig selbständig entwickelter, origineller Vorschriften beweisen, — wenn ich im folgenden Abschnitt in der Reihenfolge der Bedeutung der Institute innerhalb des Kodex König Wachtangs VI. dieselben interpretieren werde, — und die besonders im Hinblick auf die national fremden Gesetze bedeutsamen Prinzipien, die ich im letzten Abschnitte summarisch feststellen werde. Und daß von einem spezifischen Obligationenrecht zu sprechen nicht verwegen ist, wird so manche Stelle bezeugen, in der sich der Unterschied von allen anderen privatrechtlichen Disziplinen in überraschend feinen Zügen offenbart.

II. Schuldrechtliche Bestimmungen in den national-grusinischen Gesetzen des Kodex.

1. Vom Kauf, Tausch und der Schenkung.

Der Abschnitt, der den Kauf behandelt — um mit dem wichtigsten schuldrechtlichen Institut zu beginnen —, und die

Ueberschrift trägt „Vom Kaufe“, umfaßt im Gesetze Wachtangs die §§ 160—166. Der Kauf als der auf Umsatz eines Gegenstandes gegen eine Geldsumme gerichtete gegenseitige Vertrag ist als solcher nicht definiert. Es handelt sich also um einen durchaus geläufigen technischen Begriff.

Als Gegenstand des Kaufes wird in § 160 „Land, ein Dorf [11]), Sachen oder Vieh“ bezeichnet. Vollständig will diese Aufzählung wohl keinesfalls sein. Sie nennt nur die wichtigsten Kaufgegenstände [12]). Der Kaufvertrag ist streng formell. Seine Gültigkeit ist, wie aus § 161 W und aus § 1 U hervorgeht, an die Existenz eines Kaufbriefes gebunden, der von beiden Parteien unterschrieben werden muß. „Der Kaufbrief muß durch einen glaubwürdigen Zeugen und durch Anlegung eines Siegels bekräftigt werden“ (Satz 2 § 161 W) [13]). Mit

---

[11]) Daß ein Dorf Gegenstand des Kaufes sein kann, berührt sehr sonderbar. Ueber den Verkauf des Bauern mit Scholle vgl. Holldack a. a. O. S. 152 Anm.

[12]) Ueber den Kauf von Bauern vgl. § 162 W. Vgl. auch das Verbot des Menschenkaufs in § 2 des Gesetzes der Catholicos.

Uebrigens möchte ich mich in der Zitiermethode der grusinischen Gesetze Holldack (a. a. O. S. 119 Anm. 1) anschließen, der dieselben nach den Anfangsbuchstaben abkürzt. Das Gewohnheitsrecht bezeichnet er mit „U“ (usus).

[13]) Ueber die Bedeutung der Urkunden vgl. § 61 Ag und § 2 U. § 61 Ag sagt darüber: „Jedes Schriftstück oder jede vom Besitzer über irgend einen Gegenstand ausgeführte Urkunde mit Unterschrift und Beglaubigung durch ehrwürdige Persönlichkeiten des geistlichen und weltlichen Standes ist rechtswirksam, sofern sie nicht durch einen späteren Akt annulliert wird. . . .“

Hierzu bemerkt Frenkel (a. a. O. S. 108) in der Anmerkung: „Es darf nicht übersehen werden, daß ein großer Teil der Besitzurkunden und Akten, die uns erhalten sind, tatsächlich in dieser Weise durch die Unterschrift angesehener Leute des geistlichen und weltlichen Standes oder wenigstens durch Nennung derselben bescheinigt sind, mit der Beglaubigung des Mdi-wan oder des Schriftführers versehen sind.“

Eine sehr interessante Vorschrift enthält § 2 U über den Wert einer Urkunde, die mangelhafte Unterschrift trägt. § 2 U lautet: „In Grusien gibt es viele Kaufbriefe und Handschriften, die weder eine Jahreszahl,

der Unterschrift des Kaufbriefes ist der Kaufvertrag, wie das Gesetz im 3. Satz des § 161 sagt, „unverbrüchlich, wie viel dem Verkäufer auch für den verkauften Gegenstand von anderen geboten werden mag, und wie sehr auch der Käufer jenen ablehnen mag". Die beiderseitige Unterschrift bedeutet also den Zeitpunkt des Zustandekommens des Kaufvertrages; formlose Abreden werden nicht berücksichtigt und Umstände, z. B. „daß der Verkäufer sich in Not befindet und sein Eigentum deshalb billig verkauft, oder daß der Käufer einen Gegenstand teuer bezahlt, da er seiner notwendig bedarf", ändern nichts an seiner Gültigkeit. Selbst in dem Falle, daß der König seine Genehmigung zum Kauf geben muß (Fall des § 162 W), liegt, wenn die sonstigen formellen Bedingungen vorhanden sind, auch dann ein gültiger Kaufvertrag vor, wenn die Genehmigung des Königs nicht erfolgt.

Die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer an dem gekauften Gegenstand Eigentum zu verschaffen, ist nicht ausdrücklich statuiert, sie ist aber aus den §§ 160 und 161 W zu entnehmen. In § 160 W ist die Situation die, daß ein Kauf stattgefunden hat und der Kaufgegenstand dem Käufer übergeben ist. Dann muß, wie § 160 fortfährt, dieser Gegenstand „gerechterweise in seinem — des Käufers — vollen — nun heißt es wörtlich im Russischen — Besitz belassen werden und niemand außer dem König hat das Recht, den Käufer dessen zu berauben . . . allein auch der König muß wissen, daß Gekauftes nicht entzogen werden darf". Abgesehen von der

---

noch eine Monatsangabe, noch eine Unterschrift oder ein Siegel tragen; an Stelle der letzteren finden sich Kreuzchen und Flecken, die von mit Tinte beschmierten Fingern herrühren; derartige Kaufbriefe hatten Gültigkeit, wenn die in ihnen verzeichneten Güter und Bauern im Besitze des Käufers waren und ihm Einnahmen brachten." Der Gedanke, daß Mängel der obligatorischen Rechtverhältnisse durch dingliche Rechtsänderung geheilt werden kann, ist nicht neu, wohl aber die Bedingung, daß der besessene Gegenstand auch Einnahmen bringen muß, eine Bedingung, die rigoros erscheinen würde, wenn ihr Eintreten bei den angeführten Beispielen nicht selbstverständlich wäre.

Befugnis des Königs — die sich wohl wieder als ein Akt der Staatsgewalt charakterisiert und damit dem öffentlichen Recht angehört[14]) — ist in diesem Paragraphen gesagt, daß niemand, also außer dem Verkäufer auch kein Dritter, ein Entziehungsrecht an dem gekauften Gegenstand habe. Wie ist nun der Ausdruck „Besitz“ aufzufassen? Daß der Gesetzgeber das rein tatsächliche Verhältnis schützen will, in das der Käufer durch die Uebergabe des verkauften Gegenstandes an ihn tritt, daß mit anderen Worten die Frage der rechtlichen Zuständigkeit, die Frage nach dem Eigentum ganz ausgeschaltet sein soll, halte ich an dieser Stelle für ausgeschlossen. Ich neige vielmehr dazu, besonders mit Rücksicht auf den letzten Satz des Paragraphen, daß das russische Wort, wie auch an den meisten ähnlichen Stellen, wo es vorkommt, mit Eigentum zu übersetzen ist. Es ergibt sich dann nur die Schwierigkeit, daß beim Vorliegen eines gültigen Kaufs, verbunden mit dem dinglichen Akt der Uebergabe, stets vollwertiges Eigentum für den Käufer entstehen würde, ganz unabhängig davon, ob der Verkäufer Eigentümer des verkauften Gegenstandes oder zur Eigentumsverschaffung rechtlich im stande und befugt war.

Dies sachenrechtliche Moment in den Bereich meiner Betrachtungen zu ziehen, ist unbedingt notwendig, wenn man den ersten Satz des § 161 W verstehen will. Er lautet: „Vor Abschluß des Kaufes soll man sich überzeugen, daß das Kaufobjekt dem Verkäufer gehört, damit letzterer nicht fremdes Gut verkaufe oder bezüglich der Grenzen nicht betrüge.“ Zunächst liegt in diesem Satz indirekt zwar, aber deutlicher wie in § 160 ausgesprochen, die Pflicht des Verkäufers zur Rechtsverschaffung, ferner aber die — für den Käufer sehr hart erscheinende — Pflicht beider Kontrahenten — daß das „man“ auf beide Parteien gemünzt ist, steht wohl außer Zweifel —, vor Abschluß des Kaufes die rechtlichen Verhältnisse des gekauften Gegenstandes zu prüfen, und zwar kommt

---

[14]) Vgl. Holldack a. a. O. S. 127 ff.

es hierbei, was besonders hart erscheint, nicht auf das subjektive Ermessen der Parteien, auf ihre Gutgläubigkeit an, sondern sie haben den objektiven Tatbestand zu prüfen, damit der Verkäufer „nicht fremdes Gut verkaufe oder bezüglich der Grenzen nicht betrüge". Sachenrechtlich ergibt sich hieraus die Konsequenz, daß der römisch-rechtliche Gedanke „nemo plus iuris transferre potest, quam ipse habet" hier durchaus Platz greift, der § 160 also einen gültigen Kauf und eine gültige Eigentumsübertragung zur Voraussetzung haben muß, wenn der Nachsatz Sinn haben soll, mithin also die oben erwähnte Schwierigkeit auf diese Weise behoben ist. Obligationenrechtlich ergibt sich aus der Pflicht der Parteien zur Prüfung der objektiven Rechtslage, besonders im Hinblick auf die Worte „vor Abschluß des Kaufes", die interessante Folgerung, daß, wenn der objektive Tatbestand der ist, daß der Gegenstand dem Verkäufer nicht gehört und es dennoch zum Vertragsschluß kommt, also beiderseitige Unterschrift des Kaufbriefes, der Kauf als solcher gültig ist, und daß es zu ihm kam, auf beiderseitigem oder einseitigem Außerachtlassen der Prüfungspflicht beruht. Hat nur eine Partei die Prüfungspflicht versäumt, so hat die andere dolos gehandelt. Denn bei Kenntnis der Sachlage dürfte es nicht zum Kauf kommen. Ganz unabhängig davon, ob einseitige oder beiderseitige Pflichtversäumnis vorliegt — so ist weiter zu folgern —, bleibt der Kaufvertrag nach Erfüllung der Formalien als solcher gültig, wie im weiteren Verlauf der § 161 kategorisch ausspricht, d. h. die Gegenleistung, bezw. Surrogate oder Schadenersatz können von dem Kontrahenten gefordert werden. Denn daß die eine Partei wegen dolus der anderen von ihrer Leistung frei würde, darüber findet sich nichts im Gesetz.

Ueber den Zeitpunkt des Gefahrübergangs verlautet nichts, wohl aber spricht § 165 W von dem Moment, in dem die Nutzungen, auch die zufälligen, welche der gekaufte Gegenstand bietet, dem Käufer zu gute kommen. Er lautet: „Jeder Schatz und aller Reichtum, der in dem gekauften Gute ge-

funden wird, gehört ausschließlich dem Käufer, wenn der vereinbarte Kaufpreis voll bezahlt worden ist; ist er noch nicht voll bezahlt, so ist der Käufer verpflichtet, dem Verkäufer nach Maßgabe der Höhe des noch nicht entrichteten Betrages einen Anteil am gefundenen Reichtum zu gewähren." „Reichtum" ist wohl mit „Nutzungen" zu interpretieren. — Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers wegen Mängel der Sache wird sowohl in Wachtangs Gesetz § 166 als auch in Agbughas Gesetz § 90 und § 173 an dem Beispiele des Viehkaufes demonstriert, aber dabei bestehen gewichtige Unterschiede zwischen beiden Gesetzen. Während aus § 166 W nur eine rechtsgeschäftliche Gewährleistungspflicht entnommen werden kann, bedarf es in § 90 und § 173 Ag keiner besonderen Vereinbarung der Parteien, damit eine solche Pflicht entstehe. Sie beruht vielmehr auf dem Gesetz. § 166 W lautet: „Wer ein Kamel, ein Pferd, ein Maultier oder ein anderes Tier mit der Bedingung verkauft, das Geld dem Käufer zurückzugeben und das verkaufte Tier zurückzunehmen, wenn dieses mit einem Schaden oder mit einer Krankheit behaftet sich erweist, der muß diese Bedingung ohne Widerrede erfüllen, wenn der Käufer das Tier als beschädigt oder krank erkennt und es zurückbringt[15]. Wurde der Kauf nach gegenseitiger Uebereinkunft ohne Bedingung abgeschlossen, so hat der Käufer nicht das Recht, die Rückgabe des von ihm gezahlten Geldes zu fordern, auch wenn das gekaufte Vieh sich als krank erweist oder fällt." Dieser nur im Falle einer ausdrücklichen Vereinbarung bestehenden Haftung des Verkäufers für Viehmängel gegenüber statuiert § 90 Ag ein gesetzliches Recht des Käufers, den Kauf rückgängig zu machen, wenn ihm Arbeitstiere zu einem bestimmten Termin verkauft sind und sich vor dem Termin Mängel erweisen. § 90 Ag lautet:

---

[15]) Hiernach scheint es nur die Redhibition, nicht auch die Preisminderung zu geben, wie Kohler (Armenisches Recht S. 416) auch für das armenische Recht konstatiert. Vgl. auch Karst, Armenisches Rechtsbuch I, § 108.

„Wenn jemand Arbeitstiere zu einem bestimmten Termin verkauft hat und es erweist sich vor diesem Termin, daß die Tiere irgend ein Gebrechen haben, so hat der Käufer das Recht, den Kauf rückgängig zu machen; macht er ihn nach dem besagten Termin rückgängig, so verliert er den 10. Teil des von ihm gezahlten Gesamtpreises. Hat er die Tiere durch langjährige (!) Arbeitsleistungen geschädigt, so muß er dem Verkäufer auch hierfür zahlen. In entsprechender Weise soll man beim Verkauf von Sachen verfahren.“ Und § 173 sagt: „Wer ein störrisches Pferd verkauft, ohne dem Käufer von dieser Eigenschaft Mitteilung zu machen, die sich dann aber in der Folge offenbart, der ist verpflichtet, das Pferd zurückzunehmen, dem Käufer den von ihm bezahlten Betrag zurückzuerstatten und ihn für allen erlittenen Schaden zu entschädigen.“ Man kann zweifelhaft sein, in welches Verhältnis man die auf den ersten Blick divergierenden Bestimmungen der beiden Gesetze zu setzen hat, ob man sie überhaupt in eine Beziehung zu setzen bestrebt sein muß, die beide nebeneinander rechtfertigt im Hinblick darauf, daß Wachtang eine Kompilation im Justinianischen Sinne ferngelegen hat (s. o. S. 429). Leicht wäre es, gemäß dem Satz: lex posterior derogat priori eine offenbare Unstimmigkeit anzuerkennen und die erste Bestimmung einfach durch die zweite spätere aufgehoben sein zu lassen [16]). Doch glaube ich, ein solches Gewaltmittel ist vorderhand gar nicht nötig: der Ausweg, in dem § 166 W die allgemeine Bestimmung zu sehen, dagegen in § 90 und § 173 Ag spezielle Fälle, liegt ebenso nahe. Der Kauf in § 90 Ag trägt Symptome des Fixgeschäftes, indem die Realisation des Geschäftes auf einen fest bestimmten Termin festgesetzt ist. Es ist nun durchaus billig, daß, wenn sich bis zu diesem Zeitpunkt Mängel zeigen, dem Käufer vom Gesetz das Recht eingeräumt ist, den Kauf rückgängig zu machen, und zwar vor dem Termin ohne weiteres, nach dem Termin unter

---

[16]) Vgl. Holldack a. a. O. S. 94.

Einbuße von dem zehnten Teil des Gesamtkaufpreises. Ganz mit Recht, denn da die Mängel schon vor dem Termin eingetreten sind, hatte der Käufer sich unverzüglich zu erklären. Und gar, wenn er die Tiere durch langjährige (!) Arbeitsleistungen geschädigt hat, so muß er den Verkäufer dafür voll entschädigen. In § 173 Ag soll durch das Eingreifen des Gesetzes der dolus des Verkäufers betroffen werden. Dem gegenüber liegt die Vermutung nahe, daß die allgemeine Bestimmung des § 166 W bei Abschluß des Kaufes normalerweise Gutgläubigkeit beider Parteien annimmt und deshalb eine rechtsgeschäftliche Abrede über Haftung von Mängeln, die sich nach der Uebergabe erweisen, verlangt.

Wie lange dem Käufer diese Ansprüche gegenüber dem Verkäufer zustehen, darüber schweigt Wachtangs Gesetz. § 90 Ag trifft im Falle des Terminkaufes die Bestimmung, daß der Käufer den Anspruch verliere, wenn „nach dem Kauftermin ebensoviel Zeit verstrichen ist, wie vor demselben“ [17]).

Ein Vorkaufsrecht [18]) wird in der Erläuterung zu § 1 U statuiert, so daß auch dieser wichtige Zweig des Kaufrechts, wenigstens in jüngster Zeit, in Grusien bekannt ist. Sie lautet: „Das Recht, Güter oder Bauern zu kaufen, stand in erster Reihe den Verwandten des Verkäufers zu, in zweiter Reihe seinen Nachbarn, und zwar zu einem Preise, den andere geboten hatten.“

Die bisher genannten Bestimmungen über Kauf kann man vielleicht unter dem Sammelnamen „Allgemeine Bestimmungen über den Kauf“ zusammenfassen. Ihnen gegenüber finden sich in den §§ 162—164 W einzelne Kaufgeschäfte an, die sich aus der besonderen Standeszugehörigkeit des Käufers oder Verkäufers, aber auch aus der besonderen Eigenschaft des Kaufobjektes ergeben. § 162 statuiert, daß der Käufer bei einem

---

[17]) Ueber die Fristen im armenischen Recht siehe Kohler (Armenisches Recht S. 416).

[18]) Vgl. Haxthausen a. a. O. II, S. 233.

Kauf eines Dorfes oder Bauern von einem Fürsten oder Edelmann der Genehmigung des Königs bedarf. Doch soll der Kauf, der ohne diese Genehmigung stattgefunden hat, nicht deshalb ungültig sein, weil — ein öffentlich-rechtlicher Grund — die Abgaben, die von dem Gegenstande erhoben werden, ganz unabhängig von der Person des Eigentümers erhoben werden, „der König daher nichts verliert". Im Gegensatz zu dieser milden Bestimmung spricht § 163 Ungültigkeit des Kaufes aus, wenn Fürsten oder fürstliche Bauern bei einem dem König gehörigen Edelmann oder Bauern ohne Genehmigung des Königs etwas kaufen. „Ebensowenig soll ein einem Fürsten oder anderen Menschen gehöriger Bauer ohne Genehmigung seines Herrn [19]) etwas verkaufen. Widrigenfalls hat der Herr das Recht, das verkaufte Gut an sich zu nehmen und die dem Käufer zu leistende Genugtuung dem Verkäufer zu überlassen." Während die Bestimmung des § 162 W vielleicht aus sozialen Rücksichten eingeführt ist, indem nämlich die Integrität der Güter der bevorzugten Stände möglichst gewahrt werden soll, ergeben sich die Bestimmungen zu Anfang des § 163 aus dem Verhältnis des Herrn zum hörigen Bauern [20]), das hiernach nicht wenig kompliziert zu sein scheint. Aus dem letzten Satze, daß der Herr das Recht habe, das verkaufte Gut an sich zu nehmen und die dem Käufer zu leistende Genugtuung dem Verkäufer zu überlassen, geht hervor, daß der hörige Bauer nicht etwa ganz handlungsunfähig, sondern wohl verpflichtungsfähig, aber nicht verfügungsfähig ist. Der obligatorische Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer bleibt demnach wohl bestehen und der Ausdruck „Ungültigkeit des Kaufes" (s. o.) ist auf den dinglichen Akt zu beschränken.

Der Herr hat ein Rückforderungsrecht und zwar, wie aus der Fassung des § 163 W hervorgeht, gegen jeden dritten

---

[19]) Der grusinische Text lautet: „Ohne Beglaubigung durch das Siegel seines Herrn." (Frenkel in der Anmerkung zu § 163.)

[20]) Vgl. Holldack a. a. O. S. 55 ff. und S. 130—157.

Besitzer des Kaufobjektes. Des weiteren gibt § 163 eine ganz spezielle Bestimmung, die sehr merkwürdig anmutet, weil die ratio legis zunächst gar nicht zu erkennen ist: „Wenn jemand einen anderen in einem fremden Lande [21]) ansiedelt oder selbst dorthin übersiedelt und das an dem verlassenen Wohnort zurückgebliebene unbewegliche Eigentum verkauft, so ist ein solcher Verkauf ungültig." Es kann diese Bestimmung nur den sozialen Zweck haben, einer Auswanderung vorzubeugen, indem der Auswanderer sich seiner inländischen Immobilien nicht entledigen kann, er also an die heimatliche Scholle gekettet bleibt und durch die Unverwertbarkeit seines Eigens sein Fortkommen im Auslande pekuniär erschwert, wenn nicht überhaupt illusorisch wird [22]).

§ 164 gilt dem Stande der Kaufleute. Der Beginn wie das Ende des Paragraphen lehrt es. Er trägt unverkennbar den Stempel einer Spezialgesetzgebung für diesen dem grusinischen Volk eigentlich nicht zurechenbaren Stand [23]). Das geht auch schon aus dem Umstande hervor, daß neben dem Institut des Kaufes auch das andere, man kann sagen wichtigste Institut des grusinischen Schuldrechts, des Darlehens, innerhalb dieses Paragraphen Platz findet, ein Beweis vielleicht dafür, daß die gesonderten Bestimmungen des Darlehens § 116 W ff. für die Kaufleute nur subsidiär in Anwendung kommen. Der erste Absatz des § 174 lautet: „Wenn ein Kaufmann, der wegen Handels in ein fremdes Land geht und dort für einen Landsmann daselbst käuflich oder auf andere Weise erworbenes Gut verkauft und das erhaltene Geld in Ausschweifungen verausgabt oder von dort aus wieder in ein anderes Land geht, so ist ein solcher Verkauf ungültig." Der Tatbestand macht Schwierigkeiten. Es liegt offensichtlich eine

---

[21]) Im grusinischen Text ist erläuternd hinzugesetzt: „In einem anderen Kreis, in einer anderen Provinz." (Frenkel a. a. O. in der Anmerkung zu § 163.)

[22]) Vgl. Holldack S. 148 zu § 201 und 220 W.

[23]) Vgl. Holldack a. a. O. S. 57.

Art Kommission vor: Ein Kaufmann wird von einem Landsmann beauftragt, für ihn ein Geschäft zu machen, im eigenen Namen ist wohl anzunehmen. Zweifelhaft ist nun, ob der Landsmann im Inlande ist oder auch im fremden Lande, wohin sich der Kaufmann wegen Handels begibt. Aus der ganzen Stellung entnehme ich, daß die Tatsache, daß der Kaufmann sich in fremdes Land begibt, nicht in den Bereich des Auftrags, bezw. Dienst- oder Werkvertrags zwischen Landsmann und Kaufmann fällt, sondern daß er den Landsmann dort trifft und den Auftrag etc. dort von ihm entgegennimmt. Er besteht darin, Gut des Landsmanns zu verkaufen, das derselbe käuflich oder auf andere Weise erworben hat. Wenn man den Landsmann im Inlande befindlich annimmt, sind die Worte „dort“ und „daselbst“ ebenso wie „käuflich oder auf andere Weise erworbenes Gut“ gar nicht zu verstehen. Während ich nach der ersten Interpretation „dort“ auf die Anwesenheit des Kaufmannes im fremden Land, „daselbst“ auf die Anwesenheit des Landsmannes im fremden Lande beziehe, käme man nach der zweiten Interpretation dazu, „daselbst“ zum folgenden zu ziehen. Das ergäbe folgenden unsinnigen Tatbestand: Ein Landsmann im Inlande beauftragt einen Kaufmann im Auslande, für ihn Gut — käuflich oder auf andere Weise — zu erwerben und dann wieder zu verkaufen. Eine solche Kommission wäre an sich denkbar, das folgende widerlegt aber diese Auffassung. Denn es wird angenommen, daß der Kaufmann die Kommission vollführt und dann „das erhaltene Geld in Ausschweifungen verausgabt oder von dort in ein anderes Land geht“. Warum dann gerade wegen des dolus des Handelsmannes der Verkauf und nicht schon der Einkauf ungültig sein soll und warum überhaupt der Kaufmann, wenn er einmal dolose Absichten hat, das zu Geschäftszwecken erhaltene Geld nicht gleich verausgabt, ist unverständlich. Ich kehre deshalb zu meiner ersten Interpretation zurück: Danach soll der Kaufmann im Auslande für einen Landsmann daselbst dessen Gut, das der Landsmann kaufte oder auf andere Weise

erwarb, dessen Eigentümer er also ist, verkaufen. Er verkauft es und verwendet das Geld doloserweise für sich oder geht von dort aus wieder in ein anderes Land: mit ihm. In diesem Falle, sagt der Gesetzgeber, soll der Verkauf ungültig sein. Darin kann zweierlei liegen: der obligatorische Kaufvertrag als solcher ist ungültig und — sachenrechtlich — das Eigentum des Landsmannes ist nicht berührt worden. Aktuell wird das erste und das zweite, bezw. nur das erste, je nachdem schon eine Uebergabe des verkauften Gutes an den Käufer stattgefunden hat oder nicht. Bei der wenig scharfen Trennung der sachenrechtlichen und obligatorischen Gebiete von seiten des Gesetzgebers muß man annehmen, daß das Gesetz an beide Fälle denkt, daß also, im Falle das Gut schon übergeben ist, der Landsmann ein Rückforderungsrecht hat, und zwar auch gegen jeden Dritten (vgl. oben).

Die Bestimmung des § 164 bildet einen Beitrag zu dem von Holldack (a. a. O. S. 57) charakterisierten Ansehen, in dem die Kaufleute in Grusien standen. Ihre Unsicherheit und das Mißtrauen gegen sie waren derart stark, daß die Vertragsgegner, die sich ihrer Vermittlung bedienten, schon a priori mit den oben geschilderten Eventualitäten rechneten, und deshalb die besonders für den Verkehr unbillig erscheinende Vorschrift nicht als rigoros empfunden wurde. Unverständlich bleibt, warum sich der ganze Vorgang in einem fremden Lande abspielt, schon allein im Hinblick darauf, daß die national-grusinischen Gesetze dort vielleicht gar nicht Platz greifen. Soll das nur ein Schlaglicht auf die Internationalität und Beweglichkeit des Kaufmannsstandes werfen?

§ 167 W, der überschrieben ist „Vom Tausch“, beginnt: „Wenn zwei Parteien nach gegenseitiger Uebereinkunft und auf beiderseitigen Wunsch irgend welches Vieh ausgetauscht haben ohne besondere Bedingungen, so muß ein solcher Tausch für alle Zeiten in Kraft bleiben.“ Der Tausch charakterisiert sich hiernach als ein Realvertrag, dessen Gültigkeit an irgend welche Formalien wie der Kauf nicht geknüpft zu sein scheint.

Es genügt gegenseitige Uebereinkunft und effektiver Austausch. Als dem wichtigsten Tausch wird mit dem Viehtausch exemplifiziert, dem in der Folge andere Gegenstände gleich gesetzt sind. Den Hauptinhalt des Paragraphen machen Bestimmungen über Mängel der Tauschsache aus, innerhalb deren besonders die Existenz einer beim Kauf fehlenden Verjährungsfrist auffällt. Vorbedingung der Mängelhaftung ist wie beim Kauf die ausdrückliche Vereinbarung derselben. Sodann wird unterschieden, ob die Mängel beim Austausch schon vorhanden sind oder später entstehen. In jedem Falle hat der Beschädigte das Recht, in 20 Tagen seit Kenntnis das Vieh dem Eigentümer zurückzugeben.

Die den vorigen Instituten verwandte Schenkung ist in Wachtangs Gesetz nicht speziell berücksichtigt. Man kann daraus schließen entweder, daß die Unwichtigkeit des Instituts eine besondere Gesetzgebung nicht erforderlich machte oder, was näher liegt, daß die Bestimmungen einer früheren Gesetzgebung bestehen bleiben.

In Agbughas Gesetz finden sich zwei Paragraphen, die die Schenkung zum Gegenstande haben, und wir können wohl mit Sicherheit annehmen, daß auf diese im Bedarfsfalle zurückgegriffen wurde. In § 62 sowohl wie in § 86 Ag bildet das Rückforderungsrecht des Schenkers den Hauptinhalt. In beiden fällt die Wichtigkeit des Motives auf, aus dem der Schenker schenkt. In § 62 hat den Schenker die Ehrlichkeit des anderen oder sein Wohlwollen oder verwandtschaftliche Rücksichten zum Geschenk veranlaßt, in § 86 die Tatsache, daß der Beschenkte für ihn „bei einem Herrn eine Gnade ausgewirkt hat“ oder sonst „gefällig“ war. Im § 62 fährt der Gesetzgeber fort, daß, wenn aus diesen Motiven heraus etwas geschenkt worden ist, der Schenker, „wenn er auch in der Folge in Armut gerät, das Geschenk nicht zurückfordern soll“. Dagegen entsteht sofort ein Rückforderungsrecht, wenn „ihr Freundschaftsverhältnis ohne gesetzliche Gründe in die Brüche geht“, also durch ihre Schuld. Im § 86 wird bezüglich des

Rückforderungsrechtes bei den oben angeführten Vorbedingungen das Verhältnis des Beschenkten zu jedem Dritten behandelt. Es soll nämlich bei einer solchen remuneratorischen Schenkung „niemand" das Rückforderungsrecht haben. Gedacht ist in erster Linie an den Herrn, und die Spezialgesetzgebung, welche das Rechtsverhältnis zwischen dem Herrn und den Hörigen regelt, soll damit ausgeschaltet sein. Wir haben uns aus dem vorigen die Schenkung als einen formlosen Realvertrag vorzustellen, bei dem wesentliche obligatorische Merkmale nur beim Rückforderungsrecht existent werden[24]).

2. Vom Darlehen.

Dem Institut des Darlehens „hat man in Grusien", wie Wachtangs Gesetz sich in § 116 ausdrückt, „niemals besondere Beachtung geschenkt" [25]). Die Kritik berührt sonderbar, wenn man die im Verhältnis zu dem Umfang des Gesetzes außerordentlich zahlreichen Bestimmungen in Agbughas Gesetz in Betracht zieht, die nicht nur quantitativ die Auffassung Wachtangs widerlegen, sondern auch z. B. durch ihre Beschränkung der Zinshöhe, durch das Verbot des Zinseszins der Tendenz des Wachtangschen Gesetzes durchaus parallel laufen. Wenn § 116 W fortfährt: „noch vor kurzem wurde Geld zu 120, 96, 72, 60, 48, 30, 24, 18 und 12 % verliehen, oft wurden Prozente von den Prozenten erhoben, so kann man daraus folgern, daß weniger die Existenz gesetzlicher Bestimmungen

---

[24]) Im chewsurischen Gewohnheitsrecht waren Schenkungen unter Ehegatten verboten. Da das chewsurische Recht zum großen Teil urkarthwelisches Recht ist (vgl. Holldack a. a. O. S. 161, Anm. 1), so ist anzunehmen, daß auch im grusinischen Gewohnheitsrecht die gleichen Normen gelten, was wieder auf eine Urverwandtschaft mit dem römischen Recht deutet. Vgl. Merzbacher a. a. O. II, S. 47.

[25]) Das Entgegengesetzte entnimmt Haxthausen (a. a. O. II, S. 207) dem § 116. Er skizziert den Inhalt des § 116 folgendermaßen: „Es heißt hierbei, man habe auf dies Verhältnis besondere (!) Aufmerksamkeit verwendet, da der Wucher in ungeheurer Ausdehnung existiert."

angezweifelt wird, als ihre praktische Befolgung. Mit anderen Worten: § 116 konstatiert, daß der Wucher blüht, daß von neuem gesetzliche Normen nötig sind, um ihn auszurotten und die Zinshöhe auf ein billiges Maß zurückzudämmen.

Es ist interessant, wie sehr sich der Gesetzgeber durch die Größe der Uebelstände verleiten läßt, zunächst den kostbaren Raum eines Gesetzes durch Aufzählung aller dieser Wuchergeschäfte, wie sie bisher im Schwunge waren, zu verschwenden. Getreide wurde „mit der Bedingung verliehen, daß es doppelt, dreifach und anderthalbfach in natura wiedergegeben wurde; auch dafür wurden Prozente von Prozenten in natura erhoben . . .“ „Auch Wein wurde mit der Bedingung seiner dreifachen, vierfachen und anderthalbfachen Zurückerstattung in natura entliehen; viele erhielten auch dafür Prozente von Prozenten.“ Immer wieder betont Wachtang, daß dies zu viel, daß ein solcher Wucher „ungerecht und Gott und der Lehre des Evangeliums zuwider“ ist.

Interessant ist ferner, daß der Gesetzgeber, als er in folgendem darauf zu sprechen kommt, daß statt der Naturalerstattung auch andere vertretbare Sachen statt der Prozente gezahlt werden, die verschiedenen Ersatzmittel aufzählt und die mannigfaltigen Maßeinheiten, womit z. B. Branntwein oder Getreide gemessen werden, zum Gegenstande einer detaillierten Fixierung und Vergleichung untereinander macht. Wahrscheinlich benötigten die komplizierten Verhältnisse eine gesetzliche Feststellung.

Endlich im § 125 kommt Wachtang unter dem Gesichtspunkte christlicher Ethik: „Wer seine Seele liebt“, zu einer Formulierung der — man kann nicht sagen — gesetzlich erlaubten, sondern der gesetzlich empfohlenen Zinsen [26]). Denn

---

[26]) Vgl. dazu Kohler, Recht der Armenier S. 412. „Wie im mosaischen (vgl. dazu die Anm.), im islamitischen und im christlich-kanonischen Rechte ist das Zinsnehmen verpönt. . . . Allerdings haben die Armenier wie die Juden diese Vorschrift nur unter sich gewahrt, nicht gegenüber den Fremden.“ Vgl. auch Karst, Armenisches Rechts-

das Gesetz normiert nicht etwa eine Höchstgrenze, so daß ihr Ueberschreiten das Darlehensgeschäft nichtig macht, sondern die Gültigkeit des Geschäfts bleibt bestehen, der Gesetzgeber macht nur auf die Sündigkeit des Wuchers aufmerksam: „Wer ungerecht ist und seine Seele nicht liebt, der verleiht Geld zu 30 Prozent, wer sie etwas liebt, nimmt 24 Prozent, wer sie etwas mehr liebt, 18 Prozent, wer sie wirklich liebt, 12 Prozent. Am besten ist es für die Seele, gar keine Prozente zu nehmen.“ Dieser Paragraph wirft wie auch die vorhergehenden ein charakteristisches Licht auf die Zaghaftigkeit des Gesetzgebers. Als Wachtang an die Bearbeitung dieser Materie ging, sah er sich einem derartigen Chaos der Anschauungen und Gewohnheiten über Zinssätze gegenüber, mußte er konstatieren, daß die Differenz zwischen der höchsten und niedrigsten vorkommenden Zinsgrenze eine so gewaltige, für unsere modernen Verhältnisse so unfaßliche war, daß er auch bei aller Energie sich nicht zutraute, mit einem Gesetzgebungsakt das Wirrwarr zu ordnen und die Zinsen auf ein vernünftiges, für alle gleiches Maß zurückzuführen. Die Standesunterschiede, die mannigfachen Lebensverhältnisse und Lebensbedingungen erschwerten allerdings eine solche Tat. Dann hätte er sich aber wenigstens bemühen müssen, den einzelnen Klassen feste Normen zu geben. Die Arbeit wäre dann eine positive gewesen. So kann der Abs. 1 des § 125 mit seiner Zuflucht zur Religion nur ein Kriterium der Schwäche sein. Die Sprache in §§ 94 und 95 Ag mutet dagegen wohltuend fest an. § 94: „Wenn Getreide verliehen wird, so darf der Gläubiger nicht mehr als 1 Maß für zwei Zins fordern. Erweist es sich in der Folge, daß er vom Schuldner mehr genommen hat, so muß ihm der Ueberschuß fortgenommen und dem Schuldner zurückgegeben werden.“ Und § 95: „Für Geld

---

buch I, § 158. Für das Zinsverbot im islamitischen Recht vgl. noch Kohler: Islamitisches Obligationen- und Pfandrecht a. a. O. S. 214, A. 249.

werden 20 Prozent pro Jahr gezahlt . . . ebenso ist es verboten, für eine geringfügige Summe ein großes Besitztum als Pfand zu nehmen."

Kraftvoller zeigt sich der Gesetzgeber im 2. Absatz des § 125 W: „Zinseszinsen zu erheben wird niemand und in keinem Falle zu fordern, zu geben oder zu erheben gestattet; auch die Prozente selbst hören auf, wenn sie den Betrag des Kapitals erreichen." Zunächst also ein kategorisches Zinseszinsverbot[27]). Vom folgenden ist dann eine doppelte Auslegung möglich: Es können nämlich sowohl die rückständigen als auch die schon gezahlten Zinsen gemeint sein, die aufhören sollen, wenn sie die Höhe des Kapitals erreichen. Im ersten Falle hätte man das im römischen Recht sogenannte Verbot der Verzinsung „ultra alterum tantum" [28]). Die zweite Möglichkeit findet sich bei Justinian in den Novellen 121 c. 2, 138, 160. Man kann mit einigem Fug annehmen, daß nur an die rückständigen Zinsen gedacht ist, schon allein im Hinblick auf die hohen Zinssätze, durch die das Kapital zu schnell erreicht werden würde.

Nachdem das Gesetz in § 126—130 noch weitere Zinsberechnungen und -anrechnungen anstellt, insbesondere in § 130 das Aequivalent der Arbeitsleistung bespricht, kommt es in § 131 ff. sehr ausführlich auf die Haftung des Schuldners, auf die Beschränkung seiner Haftung, auf Erweiterung der Haftung auf Verwandte etc., ferner auf die Form des Darlehensgeschäfts zu sprechen.

Zunächst die Form des Vertragsschlusses. § 143 beginnt: „Fordert ein Gläubiger die gehörige Eintreibung von Schulden, so muß man auch den Beklagten herbeiholen und den Schein prüfen, ob ein Siegel auf demselben vorhanden ist, welches Datum er trägt, wer ihn geschrieben hat und wer Zeuge war:

---

[27]) Vgl. § 95 Ag.

[28]) Vgl. D. 12, 6, 26, 1. C. 4, 32, 10 und 27, 1: Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus.

denn häufig werden auch unberechtigte Ansprüche erhoben." Das Darlehensgeschäft ist danach ein Realkontrakt, bestehend aus der Hingabe des Darlehens an den Gläubiger und in der Regel aus der Ausstellung und Uebergabe eines Schuldscheines von seiten des Schuldners, der Siegel, Datum, Namen des Ausstellers und die Zeugen enthalten muß. Doch scheint auch ein formloses Versprechen zur Rückgabe bindend zu sein. Wenigstens lehrt der 2. Absatz unter anderem, daß, wenn ein Darlehen ohne Schein verabfolgt worden ist, der Richter den wahren Sachverhalt untersuchen muß und eventuell Zeugen oder Eid zu Hilfe nehmen muß. Essentiale des Darlehensgeschäftes ist danach die Ausstellung des Schuldscheines nicht, sondern lediglich beweissichernde Urkunde. Das bestätigt auch § 147 W: „Wenn jemand, in persönlichem Vertrauen auf einen anderen, diesem Geld ohne Schein und ohne Bürgen leiht und letzterer sich nach dem Tode des ersteren aus Armut oder Eigensinn weigert, den Betrag seiner Schuld den Erben des Gläubigers zurückzuerstatten, so muß man sich zunächt bemühen, mit Hilfe von Zeugen den wahren Tatbestand zu erforschen und im Notfalle dem Schuldner den Eidschwur mit der der Höhe der Forderung entsprechenden Anzahl von Eideshelfern auferlegen." Bei der Rückzahlung des Darlehens muß ein vorhandener Schein dem Schuldner zurückgegeben werden. Abs. 2 des § 143 W statuiert eine Pflicht des Richters zur Untersuchung und Auferlegung des Beweises durch Zeugen oder Eid, wenn „der Wechsel bereits bezahlt ist und durch irgend einen Zufall in den Händen des Gläubigers geblieben ist".

Ueber Fälligkeit und Kündigung eines Darlehens sagt das Gesetz nichts Ausdrückliches. Wir können aber ziemlich sicher annehmen, daß in einem Schuldschein der Termin zur Rückzahlung etc. angegeben war. § 96 Ag scheint diese Annahme zu bestätigen: „Wer auf Grund einer schriftlichen Verpflichtung nach Gewicht in silberner Münze Geld entleiht, der muß seinen Verpflichtungen am festgesetzten Termin nachkommen."

Kommt er diesen Verpflichtungen nicht nach, so steht dem Gläubiger der Gerichtsweg offen als der ordentliche, aber auch einzige Weg zu seiner Befriedigung. § 143 W spricht deshalb von „gehöriger Eintreibung". Es ist dies die gerichtliche, wie aus der Bezeichnung „der Beklagte" gleich darauf deutlich wird. Durchaus verboten ist der Weg der Selbsthilfe [29]). § 173 W sagt hierüber: „Es ist jedem verboten, fremdes Eigentum zu entwenden oder eigenmächtig zurückzubehalten, welche Forderung er auch an einen anderen haben mag. Jeder ist verpflichtet, beim König oder bei seinem Mdi-wanbeg und Richter in seiner Angelegenheit Klage zu führen und auf diesem Wege Genugtuung zu suchen. Für eigenmächtiges Entwenden oder Zurückbehalten fremden Eigentums wird jeder verurteilt, das Entwendete oder Zurückbehaltene dem Eigentümer zurückzugeben . . ."

Muß nun der Schuldner in jedem Falle am Zeitpunkt der Fälligkeit zahlen, bezw. zur Zahlung verurteilt werden? Damit sind wir zu den zahlreichen Fällen gekommen, die der Gesetzgeber als Gründe der Haftungsbeschränkung aufzählt, entweder die Schuld mindernd oder stundend. § 131 W stellt die obersten Grundsätze auf: „Wenn der Schuldner vermögend ist oder die Möglichkeit hat, die auf ihm lastenden Schulden zu bezahlen, so muß man auf Verlangen des Gläubigers das ganze Kapital samt seinen oben festgesetzten Prozenten von ihm erheben; jedoch muß man immer die Lage des Schuldners und seiner Familie besonders berücksichtigen." Der Gesetzgeber gibt nun im folgenden Fälle an, in denen die Lage des Schuldners eine veränderte Behandlung erfordert. In § 132 W nimmt er den Schuldner verarmt an und unfähig, seine Schulden zu bezahlen. Dann soll der Gläubiger „nicht nur keine Prozente erheben, sondern auch das Kapital nicht vollständig von ihm fordern. Besitzt er geringes Vermögen, so soll der Gläubiger

---

[29]) Vgl. dazu Kohler (Armenisches Recht a. a. O. S. 416 mit der Anm. 111) und Holldack a. a. O. S. 197 ff. zu den §§ 24 und 173 W.

das ganze Kapital, aber ohne Zinsen von ihm erheben." Eigentümlich ist die Ausdrucksweise des Gesetzes. Es spricht von „fordern, erheben dürfen", soll heißen: die Forderung gerichtlich oder außergerichtlich geltend machen. Warum kann er nicht die Forderung in ihrer ganzen Höhe geltend machen und sich vorläufig mit einer Teilzahlung begnügen? So erweckt es beinahe den Anschein, als ob die veränderte Vermögenslage die Forderung des Gläubigers ipso iure reduziere und der Gläubiger, falls der Schuldner wieder zu Vermögen kommt, weitere Restansprüche nicht mehr stellen kann, während doch nur eine, wenn auch unter Umständen sehr lange dauernde, vielleicht ewige Stundung gemeint ist. Falls man die Ausdrucksweise des Gesetzes „fordern sollen" streng formell auffaßt, so liegt es nahe, an die Folgen der plus petitio im alten römischen Prozeßrecht zu denken, indem nämlich der Gläubiger, wenn er eine andere als die durch die Vermögenslage des Schuldners ipso iure modifizierte Forderung geltend macht, Abweisung der Klage erfährt. Ich neige nicht zu dieser formellen Interpretation. Es gibt zu wenig analoge Beispiele eines derartigen strengen Formalismus im grusinischen Recht, als daß man in diesem speziellen Falle einen solchen annehmen sollte. Vielmehr ist frei zu interpretieren, daß seine Forderung nur bis zu einer bestimmten Höhe oder aber vorläufig gar nicht vom Richter berücksichtigt wird.

In § 133 wie in § 135 W setzt das Gesetz den Fall, daß sich der Schuldner in Gefangenschaft befindet, eine Situation, mit der, scheint's, in Grusien oft gerechnet wird, was erklärlich ist, wenn man die Geschichte des Landes verfolgt[30]). Die Paragraphen gabeln sich aber im weiteren Tatbestand. In § 133 bleiben des Schuldners minderjährige Kinder und seine Frau in der Heimat zurück, während der Schuldner in § 135 weder Frau noch Kinder hat. Unter den Bedingungen des § 133 hat die Frau die Pflicht, soweit sie dazu im stande ist,

---

[30]) Vgl. Holldack a. a. O. S. 25 ff., S. 159.

ihres Mannes Schulden „allmählich zu bezahlen; hat sie hierzu nicht die Mittel, so ist der Gläubiger verpflichtet, bis zur Rückkunft des Schuldners zu warten, der gehalten ist, den Gläubiger nach der Befreiung aus der Gefangenschaft zu befriedigen“. Obgleich die Einzelheiten ins Familienrecht gehören, ist hier doch zu konstatieren, daß die Ehefrau unbedingt für die Schulden ihres Ehemannes haftbar gemacht wird. Der Fall ist, glaube ich, auszuscheiden, daß sie als Vertreterin des Mannes dessen „am Ort“ zurückgebliebenes Gut verwaltet und bezüglich dessen Verpflichtungs- und Verfügungsbefugnis hat. Im Gegenteil: aus der Bemerkung des Gesetzes, daß, falls der Frau die Mittel fehlen, der Gläubiger bis zur Rückkunft des Schuldners aus der Gefangenschaft warten soll, ist in der Erwägung, daß der Schuldner sein Vermögen nicht mit sich trägt, jedenfalls aber solches aus der Gefangenschaft nicht heil wieder nach Hause bringt, zu entnehmen, daß der Frau bezüglich des zurückgebliebenen Gutes des Mannes keinerlei Verwaltungsbefugnis zustehe, sondern daß sie zunächst mit ihrem eigenen Vermögen haftet. „Stirbt der Schuldner,“ so fährt das Gesetz jetzt fort, „so hat der Gläubiger nicht das Recht, die Schulden von der Familie einzutreiben, solange die minderjährigen Kinder des Verstorbenen das 14. oder 15. Lebensjahr noch nicht erreicht haben“ [31]) [32]). Eine außerordentlich weise Vorschrift, der Nachahmung wert! Am Schluß fügt der Gesetzgeber noch den Fall an, daß der Schuldner abwesend — ob gerade in Gefangenschaft, ist nicht erkennbar, aber wohl anzunehmen — oder der Gläubiger selbst von seinen Gläubigern „gedrängt“ wird; in diesem Falle erleidet der vorige Satz eine Ausnahme: dann müssen die „Frau und die Kinder des ersteren notgedrungen seine Schulden be-

[31]) Vgl. die ähnliche Vorschrift im armenischen Recht bei Kohler (Das Recht der Armenier a. a. O. S. 416).

[32]) Zu beachten ist übrigens der Ausdruck „Familie“. Es ist dies hier der Gesamtbegriff der Erben; ich werde darauf noch zurückkommen.

zahlen“, natürlich wieder mit der Einschränkung, soweit sie dazu im stande sind, sonst nicht.

Der Frau, die die Schulden ihres Mannes bis zum bestimmten Lebensalter ihrer Kinder nicht zu bezahlen braucht, wird die Witwe an die Seite gestellt, die Schulden macht und minderjährige Kinder hat. Auch sie ist von der Schuldenzahlung befreit, bis die Kinder „heranwachsen“. Hierin liegt nun allerdings eine bedenkliche Konsequenz der oben bezüglich der Ehefrau des Schuldners weise genannten Vorschrift. Oben ist die Frau an den Schulden des Mannes in der Regel doch unbeteiligt und unschuldig, hier aber könnte die Begünstigung zu einem argen Mißbrauch von seiten einer leichtsinnigen Witwe benutzt werden. Einer unbeschränkten Spekulation ist damit Tür und Tor geöffnet und die Einschränkung der Vorschrift durch die Bestimmung, daß, im Falle der Gläubiger von seinen Gläubigern gedrängt wird, die Wittwe, falls sie Vermögen besitzt, ihm — „wenn auch keine großen“ — Zahlungen leisten muß, „damit die Prozente bei ihm nicht allzusehr anwachsen“, ändert nicht viel an ihrem zweifelhaften Wert.

In § 134 W bespricht das Gesetz den schon oben erwähnten Fall, daß sich der Schuldner in Gefangenschaft befindet und weder Frau noch Kind besitzt. Hat er in diesem Falle sein Gut einem anderen anvertraut, so hat der Gläubiger kein Recht, vor seiner Rückkehr Zahlung zu fordern. Es handelt sich hier augenscheinlich um Verwahrung, nicht etwa um Verwaltung mit Vertretungsbefugnis. Das Gesetz fährt dann fort: „Wird dieser Gläubiger selbst von seinen Gläubigern verfolgt, so muß der Herr des Schuldners oder der Richter, nachdem er ihn auf Kosten des bezeichneten Gutes geziemend befriedigt hat, solche Maßnahmen treffen, daß nach der Rückkehr des Schuldners aus der Gefangenschaft von diesem, dem Gläubiger und denjenigen, bei denen das Gut aufbewahrt wurde, gegenseitig keine Ansprüche bezüglich dieses Gegenstandes erhoben werden.“ In diesem außer-

gewöhnlichen Falle also, daß der Gläubiger selbst von seinen Gläubigern gedrängt wird, der schon oben bemerkenswerte Modifikationen verursachte, ist ein gerichtlicher Akt, bezw. Akt des Herrn möglich, wodurch im Namen des Schuldners gültig über sein Gut verfügt wird, und zwar mit der Wirkung, daß keiner der Beteiligten über ihn — den Akt — hinweg noch irgend welche Ansprüche verlautbar machen kann[33]).

Schon aus dem vorigen ging hervor, daß die Haftung des Schuldners nicht auf seine Person beschränkt ist, sondern daß auch seine Frau, bezw. seine Familie, soweit es in ihren Kräften steht, vom Gläubiger in Anspruch genommen werden können[34]). Der Gesetzgeber führt nun in den folgenden Paragraphen einige Fälle auf, wo dieses Prinzip ganz offensichtlich zum Ausdruck kommt. § 136 spricht aus, daß jedes Mitglied einer Familie für die Schulden eines anderen Mitgliedes verantwortlich ist[35]), es sei denn, daß es von seinem Vater oder seinem Bruder oder von einem anderen verkauft worden oder in Gefangenschaft geraten ist. In diesem Falle haftet es nicht. „Kehrt er jedoch in das väterliche Haus zurück und vereinigt sich wieder mit ihm, so ist er verantwortlich." Dieser Paragraph wirft ein — des näheren im Familienrecht zu behandelndes — charakteristisches Licht auf die Bedeutung der Familiengemeinschaft und auf das Verhältnis des einzelnen zu ihr[36]). Es scheint danach, als ob der einzelne neben der Gesamtheit stark zurücktritt, daß er mehr Organ der Gesamtheit ist, Werkzeug, für das die Verantwortung die Familie übernimmt. Das äußert sich auch in den erbrechtlichen Ver-

---

[33]) Vgl. zu dem vorigen die Vorschriften im § 164, Abs. 2 W und in den §§ 84 und 96 Ag, die noch einige spezielle Fälle anführen.

[34]) Vgl. dagegen Kohler, Das Recht der Armenier a. a. O. S. 411: „Für die Schulden haftet nur der Debitor selbst und der Erbe, nicht auch seine Familienangehörigen" (c. 113). So auch Syrisch-römisches Rechtsbuch, armenische Version § 145 (Kohler a. a. O. S. 411, Anm. 91).

[35]) Ob der Grad des verwandtschaftlichen Verhältnisses irgendwelche Bedeutung für die Reihenfolge der Haftung hat, ist nicht erkennbar.

[36]) Vgl. Holldack a. a. O. S. 184 ff.

hältnissen, denen die §§ 137—139 gewidmet sind: Nur bei einem schuldnerischen Erblasser, der weder Frau noch Kinder hat, wird der Nachlaß sofort unter die Gläubiger verteilt, sonst kompliziert die Familie sehr die erbrechtlichen Verhältnisse. Das Nähere gehört ins Erbrecht.

§ 140 W sagt: „Der Vater ist nicht verpflichtet, die Schulden des Sohnes, die ohne seine Einwilligung gemacht wurden, zu bezahlen“ [37]). Der Vater muß, um in Anspruch genommen werden zu können, seinem Sohne seine Einwilligung zu dessen Rechtsgeschäften geben. Da das Weitere eigentlich ins Familienrecht gehört, beschränke ich mich darauf, diese Haftungsmodifikation lediglich zu konstatieren. § 141 sagt: „Die Schulden des Großvaters oder Urgroßvaters haben diejenigen Nachkommen oder solche nicht zur Familie gehörige zu bezahlen, die das Gut jener ererbt haben, und zwar jeder entsprechend dem von ihm ererbten Anteile“: eine erbrechtliche Haftungsbestimmung. § 145 W bestimmt den Einfluß der Haftung der einzigen Tochter, wenn sie heiratet, § 146 W bespricht die Haftung von Mutter und Schwester eines Verstorbenen.

§ 148 ragt wieder mehr ins Schuldrecht hinein. Es ist da von einem Schuldner die Rede, der „in eine fremde Gegend geht und daselbst durch Liederlichkeit Schulden macht“. In diesem Falle konzentriert sich die Haftung auf ihn allein, und seine an Ort und Stelle verbliebenen Verwandten und Brüder sind nicht zur Zahlung verpflichtet. Begründet wird diese Ausnahmebestimmung damit, daß es ja den Gläubigern „freistand, ihm zu glauben, obgleich sie sahen, daß er verschwenderisch und ausschweifend war“. „Wenn er aber kein liederlicher, sondern ein ehrlicher Mensch ist, der durch Diebe, Räuber, Schiffbruch oder sonstige unvorhergesehene Ereignisse Schaden erlitten und infolgedessen Schulden gemacht hat, so müssen außer ihm auch seine Verwandten, die noch nicht mit

---

[37]) Vgl. § 28 U.

ihm geteilt haben, für seine Schuld einstehen, was auch für solche Schulden gilt, die sie mit ihm gemeinsam vor seiner Entfernung gemacht haben."

Endlich gibt § 143 W eine letzte Haftungsbestimmung, die als ultima ratio erscheint: „Man kann auch den zahlungsunfähigen Schuldner selbst dem Gläubiger zur Befriedigung übergeben, jedoch mit der Bedingung, daß dieser nicht an Ungläubige verkauft . . ." Also eine Hingabe an Erfüllungsstatt, es fragt sich nur, durch wen? Durch die Familie, durch den etwa vorhandenen Herrn oder durch den Richter? Das „man" läßt dies sehr unbestimmt. Innerhalb der Bestimmungen über Familienhaftung liegt es nahe, unter „man" die Familie zu verstehen. Fraglich ist nur, ob dieser Zwangsakt nicht, wie ja auch die Forderungseintreibung, der staatlichen Sanktion bedarf, so daß letzten Endes doch der Richter über die Person des Schuldners verfügt. Ich neige letzterer Ansicht zu [38]).

3. Von der Bürgschaft.

Als letztes der Institute des Obligationenrechts, das Wachtangs Gesetz mit einer eigenen Ueberschrift versieht, bleibt das Institut der Bürgschaft, dem § 132 W gewidmet ist. Er beginnt: „Eigentlicher Bürge ist derjenige, welcher sich freiwillig vor dem Kläger und dem Beklagten hinstellt und vor Zeugen sagt: Ich bürge dies für ihn in dieser Angelegenheit . . ." Ein, wie man sieht, streng formeller Akt, der, wie man aus der Wendung „Kläger" und „Beklagten" vielleicht entnehmen kann, am häufigsten vor Gericht stattfindet. Etwa daraus den Schluß zu ziehen, daß er vor Gericht stattfinden muß, erscheint mir ungerechtfertigt. Wir hätten dann als Formerfordernisse einer gültigen Verbürgung — denn „eigentlich" ist hier wohl gleich „gültig":

---

[38]) Vgl. hierzu die sonderbare Bestimmung in § 174 W.

1. Freiwilligkeit des Bürgen,
2. Anwesenheit der Parteien,
3. Anwesenheit von Zeugen,
4. Gebrauch einer gewissen Wortform;

im ganzen also ähnliche Bürgschaftsformen, wie sie das alte römische Zivilrecht vorschreibt. Als Beispiele der Realisation der Haftung des Bürgen gibt der Gesetzgeber folgende Fälle an: daß der Schuldner stirbt, daß er sich verbirgt oder daß er seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, also die durchaus üblichen. Sodann wendet sich der Gesetzgeber zu Spezialbürgschaftsfällen, deren ersten man vielleicht mit dem terminus technicus mandatum qualificatum nicht unrichtig bezeichnet. Die Fälle sind: „Wenn jemand für sich selbst einen Bürgen bestellt oder ein Herr seinen Bauern nötigt, für einen anderen zu bürgen, oder jemand einen anderen gewaltsam zur Bürgschaft zwingt und überdies noch ohne Zeugen, so soll man sich auf solche Bürgen nicht verlassen, wenn nicht zuverlässige Zeugen dartun, daß der Betreffende in ihrer Gegenwart für jemanden gebürgt hat." Der Gesetzgeber drückt sich nicht ganz verständlich aus. Die drei Beispiele haben das Gemeinsame, daß ihnen das Formerfordernis der Freiwilligkeit und, wenn man den Zusatz „und überdies noch ohne Zeugen" auf alle drei Fälle bezieht, das Formerfordernis der Zuziehung von Zeugen fehlt. Unter solchen Umständen soll man sich auf solche Bürgen „nicht verlassen, wenn nicht ..." und aus diesem Nachsatz entnimmt man, daß es sich im vorigen um eine Behauptung des Bürgen handelt, die durch zuverlässige Zeugen widerlegt werden kann. Unklar ist nun, warum allein die Zeugenzuziehung genügt, um den Bürgschaftsakt gültig zu machen. Das Moment des Zwanges, des Unfreiwilligen ist doch damit noch nicht beseitigt. Meines Erachtens ist in dem Schlußsatz ein „freiwillig" zu ergänzen in dem Sinne, daß die zuverlässigen Zeugen nicht nur dartun, daß sie bei der Verbürgung zugegen waren, sondern daß der Bürge sich auch freiwillig verbürgt hat.

Eine wertvolle Ergänzung dieser in ihrer Knappheit und erschöpfenden Form vortrefflichen Bestimmung Wachtangs bieten die §§ 69 und 70 Ag für die speziellen Rechtsverhältnisse der Stände untereinander. § 69 lautet: „Wenn ein gutsherrlicher Bauer für einen anderen Bauern um eines Ochsen oder um eines anderen, einem Ochsen gleichwertigen Gegenstandes willen gutsagt, der muß die Bürgschaftsurkunde seinem Herrn, wer er auch sein mag, zur Bestätigung vorlegen. Nach der Bestätigung ist er verpflichtet, das zu zahlen, wofür er gebürgt hat“ [39]. „Der Bauer hat aber nicht das Recht, ohne Bestätigung eine Bürgschaft zu übernehmen.“ Also: essentiale der Verbürgung eines in einem Hörigkeitsverhältnis stehenden Bauern ist die Existenz einer Bürgschaftsurkunde mit der — darin zum Ausdruck gebrachten: das muß man annehmen — Bestätigung seines Herrn. Sehr interessant ist, daß der Wert des Bürgschaftsobjektes angegeben ist, der eine solche Form nötig macht. Ist der Wert geringer als der eines Ochsen, so bedarf es, wie ich schließe, der Bestätigung des Herrn nicht.

Im Gegensatz zu dem Bauer sagt § 70 Ag: „Wenn ein angesehener Mann oder ein Edelmann sich für einen anderen verbürgt, so ist er verpflichtet, die der Bürgschaft entsprechende Zahlung zu leisten.“ Diese scheinbare Trivialität enthält nur im Gegensatz zu § 69 den Gedanken, daß es bei diesem Stande der Formerfordernisse des § 69 zur Gültigkeit der Bürgschaft nicht bedarf.

4. Von der Haftung für anvertraute Gegenstände.

Die Ueberschrift mit dem unjuristischen „anvertraut“ könnte Befremden erregen, wenn nicht schon oben (S. 430 ff.) auf die Schwierigkeit aufmerksam gemacht worden wäre, die die Subsumption der folgenden Bestimmungen unter einem Begriff

---

[39]) Zu ergänzen, wenn er als Bürge in Anspruch genommen werden kann und wird.

macht. Wollte man in Analogie der bisherigen Ueberschriften weitere obligatorische Institute scharf voneinander abheben und präzisieren, so stieße man schon im ersten Paragraphen, der von der in der Ueberschrift angedeuteten Materie handelt, auf Widerstand.

§ 207 W beginnt: „Wer von einem anderen einen Gegenstand für einige Zeit in Verwahrung oder Gebrauch nimmt . . .“ Mit diesen Worten können Bestimmungen über drei Institute eingeleitet werden. „In Verwahrung nehmen“ enthält das Institut des depositum, „in Gebrauch nehmen“ kann locatio, conductio rei oder commodatum sein. Die Wendungen kehren wieder oder aber auch nur „in Verwahrung nehmen“ allein. Es ist danach fraglich, ob dem Gesetzgeber jedes einzelne Institut plastisch vor Augen gestanden hat, ob er bewußt trennen wollte, ob er, wenn er von der Verwahrung allein spricht, die anderen Institute absichtlich wegläßt, weil die Bestimmungen auf sie nicht Anwendung finden sollen, oder ob er, ohne im einzelnen juristisch differenzieren zu wollen, Fälle angeben will, in denen fremde Gegenstände, sei es leihweise, sei es mietweise, sei es zum Gebrauch, sei es zur Verwahrung, hingegeben werden, und mit bestimmten Vorschriften versehen will, die für alle gleiche Geltung haben sollen. Für letztere Meinung spricht der Umstand, daß der Paragraph, der ein neues Thema beginnt, nicht mit einer Ueberschrift versehen ist, wie z. B. die Paragraphen des Kaufs, und zweitens, daß die Vorschriften eigentlich durchweg die Haftung des Besitzers des Gegenstandes betreffen, nicht sonstige juristische Verhältnisse, aus denen man die Eigenart der einzelnen Institute sogleich erkennen müßte. Ich werde in folgendem versuchen, vielleicht aus Andeutungen auf dieses oder jenes Institut zu schließen und durch Kombinationen weitere Klärung zu erstreben. Im übrigen muß man gerade hier mit der Unterstellung fester juristischer Begriffe sehr vorsichtig sein.

Es ist in § 207 W bezüglich der Haftung des Besitzers des fremden Gegenstandes, den er in Verwahrung oder Ge-

brauch genommen hat, unterschieden, ob bei dem Vertragsschluß bezüglich Leihe, Verwahrung etc. eine schriftliche oder vor Zeugen abgegebene Zusicherung des Verwahrers (ich gebrauche den Sammelausdruck des Gesetzes) stattgefunden hat darüber, daß „der ihm anvertraute Gegenstand nicht abhanden kommen werde, sofern er sein Eigentum durch den Feind, durch Feuer, Wasser, Diebe oder sonstiges Unglück — also höhere Gewalt — nicht einbüßt“ oder ob eine derartige Zusicherung nicht stattgefunden hat. Im ersten Falle haftet der Verwahrer nicht, wenn er sein Hab und Gut samt den ihm anvertrauten Gegenständen durch höhere Gewalt einbüßt. Ist dagegen nichts abgemacht, so haftet er auch für casus. Man sieht auch hier die Tendenz, den Vertrag an eine Form zu binden! Denn ich erkenne hierin weniger das Bestreben, die Casushaftung als die Regelhaftung hinzustellen, als vielmehr eben die Kontrahenten zur Vermeidung dieser Haftung zu zwingen, den Vertrag formell zu schließen und so den formellen Charakter als das Regelmäßige hinzustellen.

Wenn der Hinterleger im ersten Falle nicht glaubt, daß der Verwahrer sein Eigentum verloren hat, so trifft den Verwahrer die Beweislast. Ebenso ist er beweispflichtig, wenn der Hinterleger den Verlust des anvertrauten Gegenstandes dessen Fahrlässigkeit zuschreibt.

Sodann fährt das Gesetz fort: „Hat derjenige, welchem der Gegenstand anvertraut wurde, kein Eigentum eingebüßt, und bloß jenen Gegenstand verloren, so muß er dem Hinterleger vollen Ersatz leisten.“ Das ist sehr merkwürdig: Ein Untergang durch höhere Gewalt nur des anvertrauten Gegenstandes ist also für die Haftung irrelevant. Warum? Darin liegt ein eigentümliches Mißtrauen dem Verwahrer gegenüber. Der Gesetzgeber spricht damit aus, daß es eigentlich unmöglich sei, daß die höhere Gewalt mit ihrer vernichtenden Einwirkung sich nur auf den anvertrauten Gegenstand erstrecke, ohne daß der Hinterleger durch irgend ein Maß von dolus

oder culpa die Exponiertheit befördert hätte: Eine entschieden engherzige Auffassung[40]).

Eigentümlich berührt auch das folgende: Oben ist schon erwähnt, daß, wenn bei einem Verwahrungsvertrag nichts formell ausgemacht ist, der Verwahrer auch für casus haftet, d. h. er soll dem Besitzer — soll heißen Hinterleger — „Entschädigung gewähren, auch wenn er durch Feuer, Wasser, feindlichen Ueberfall oder Diebe von Unglück betroffen wird ..."

„Obschon," fährt nun das Gesetz fort, „der Besitzer in solchem Falle gar keine Entschädigung fordern sollte, so muß er, wenn er die obwaltenden Umstände nicht in Betracht zieht und seine Forderung stellt, für die Hälfte des von ihm anvertrauten Gegenstandes entschädigt werden, da es sich um einen unvorsätzlichen Verlust handelt." Wieder ein Beispiel für die Zaghaftigkeit des Gesetzgebers! Warum diese moralischen Skrupeln? Wahrscheinlich wieder aus Gesichtspunkten des Seelenheils empfiehlt er dem Hinterleger, im Falle der höheren Gewalt überhaupt nichts zu fordern. Fordert er dennoch, so soll er bis zur Hälfte entschädigt werden. Man fühlt deutlich, wie hart dem Gesetzgeber doch die Folgen des Außerachtlassens der Form dünken. Darum appelliert er zunächst an die Moral des Betreffenden, bevor er sich zu dieser Gesetzesbestimmung entschließt.

Der höheren Gewalt wird im folgenden gleichgesetzt der Fall, daß der Verwahrer „von seinem eigenen Herrn oder dem Könige mit der Einbuße seines gesamten Eigentums bestraft wird, bei welcher Gelegenheit auch der ihm anvertraute Gegenstand konfisziert wird". In diesem Falle hat der Hinterleger ganz unabhängig davon, ob eine formelle Haftungsbeschränkung vorliegt, „das Recht, von jenem volle Entschädigung zu fordern, es sei denn, daß er mit ihm aus Freundschaft oder Verwandtschaft in seinem Unglück Mitleid hat."

---

[40]) Vgl. den ähnlichen Gedanken in § 121. Karst, Armenisches Rechtsbuch I.

Der letzte Absatz des § 207 bietet eine deutliche Vorschrift über Gläubigerverzug dar: „Wenn jemand den Gegenstand eines anderen in Verwahrung genommen hat und letzteren bittet, den Gegenstand wieder zurückzunehmen, und dieses nicht geschieht, so hat er nicht die volle Entschädigung zu leisten, wenn der Gegenstand abhanden kommt.“ Vielleicht könnte man hieraus auch das Recht des Verwahrers konstruieren, jederzeit die Rücknahme des Gegenstandes zu fordern, was bei Entgeltlichkeit des Vertrages — man denke nur an die Miete — zu bedenklichen Konsequenzen führen würde. Aus dem Umstande, daß hier im Gegensatz zu den vorangehenden Sätzen von Verwahrung allein die Rede ist, geht man wohl nicht fehl, zu schließen, daß diese Bestimmung nur auf die Verwahrung im technischen Sinne Anwendung finden soll.

In diesem Zusammenhange ist eine Bestimmung in Agbughas Gesetz zu erwähnen, in dem § 89 eine Rückgabepflicht „ohne Widerrede“ des Verwahrers statuiert, wenn der Hinterleger sie fordert. Kommt er ihr nicht nach, so wird er gerichtlich zu doppelter Zahlung — des Wertes, ist wohl zu ergänzen — als Entschädigung für den erlittenen Schaden verurteilt.

§ 208 und 209 W reden von dem Einfluß des Todes eines oder beider Kontrahenten auf das bestehende Rechtsverhältnis. § 208 sagt, daß im Falle des Todes des Verwahrers „die Rückgabe vom Sohn und, falls ein Sohn fehlt, von der Frau gefordert werden kann“. Jedoch muß man sich mit den bei der Frau noch tatsächlich vorhandenen Gegenständen begnügen. Mit anderen Worten, ihre Haftung beschränkt sich auf das Vorhandene. Sterben beide Teile, so ist der Sohn oder Erbe des Verwahrers „den Prätendenten“ auf der anderen Seite verantwortlich. Daran schließt sich noch die Spezialbestimmung: „Wenn der Herr desjenigen, „welchem die Sachen anvertraut waren, diese letzteren verteilt oder verschwendet hat, so ist der Herr selbst für sie verantwortlich“.

In § 88 bestimmt Agbughas Gesetz die Haftung des Verwahrers für das Verschulden seines Geschäftsführers, wenn letzterem der fragliche Gegenstand z. B. entwendet wird. Das Rückforderungsrecht des Hinterlegers gegenüber dem Verwahrer bleibt bestehen, und zwar äußert sich die Haftung des letzteren in der Pflicht zur Rückgabe des Gegenstandes — dazu muß er sich bemühen, „ihn ausfindig“ zu machen — oder zur vollen Ersatzleistung.

Der Vollständigkeit halber ist noch der § 149 W zu erwähnen, von dem allerdings Frenkel[41]) sagt: „In keiner der beiden Abschriften des grusinischen Textes, die sich bei mir befinden, wird § 149 aufgeführt. In der Numerierung folgt sogleich § 150.“ Mit Recht wird der Paragraph vielleicht fortgelassen, denn er enthält einen offenbaren Widerspruch zu § 207 W. Er lautet: „Wenn irgend eine Sache, die einem anderen zur Aufbewahrung oder zur Beförderung an irgend einen Ort übergeben wurde, mit anderen dem letzteren gehörigen Sachen vom Feinde geraubt, durch Feuer vernichtet oder von einem Diebe gestohlen wird, so ist dieser jeglicher Verantwortung ledig. Wird ein solcher Verlust durch seine Nachlässigkeit verschuldet, oder leugnet er beim Tode desjenigen, der ihm jenen Gegenstand anvertraute, letzteren empfangen zu haben, so muß man mit Hilfe von Zeugen und mittels einer Untersuchung die Wahrheit erforschen, damit kein Unschuldiger leide.“ Hier wird also eine Befreiung von der Haftung normiert im Falle der höheren Gewalt, ohne Rücksicht auf die Form des Vertrages. Die einzige Möglichkeit, die Bestimmung neben der in § 207 zu halten, ist die Annahmes eines Spezialgesetzes, etwa für Handelsleute.

Während die im vorigen angeführten Bestimmungen wohl vorwiegend dem Institut der Verwahrung im technischen Sinne zu gute kommen, ist in § 210 und 211 von der Haftung des Entleihers im technischen Sinne ausschließlich die Rede.

---

[41]) Anm. zu § 149.

§ 210 W beginnt: „Wer sich einen fremden Menschen zur Dienstleistung erbittet, der muß ihn dem Eigentümer auf Verlangen wieder zustellen“: also Sklavenleihe. Um hier Leihe ausschließlich und nicht auch Miete annehmen zu können, muß man die Ausdrucksform des Gesetzes in § 229 W vergleichsweise betrachten. Dort spricht das Gesetz ausdrücklich von „Mieten“ gegen Entgelt und stellt zu ihm in Gegensatz „Erbitten“ ohne Entgelt. In Erbitten liegt also das Moment der Unentgeltlichkeit.

Zunächst wird in § 210 W ein — jederzeitiges? — Rückforderungsrecht des Verleihers statuiert und dann im folgenden Fälle aufgezählt, in denen der Entleiher durch höhere Gewalt oder eigene culpa oder dolus außer stande ist, den Sklaven wieder zurückzugeben, und seine Haftung hierfür. Ich kann mich darauf beschränken, das Gesetz zu zitieren. Nach den oben erwähnten Eingangsworten fährt es fort: „Stirbt dieser Mensch natürlichen Todes, so trägt er hierfür keine Verantwortung. Für seine Flucht oder seine Gefangenschaft durch Räuber ist er dem Eigentümer verantwortlich, denn wenn er bemerkt hat, daß dieser Mensch nicht bei ihm bleiben wollte oder unvorsichtig ist, warum warnte er denn nicht den Besitzer? Oder warum schickte er ihn an einen Ort, wo er von Räubern ergriffen werden konnte?“ Diese in vorwurfsvolle Fragen eingekleideten Gründe für die sicherlich strenge Haftung des Entleihers vervollständigen im Grunde genommen erst den Tatbestand. Wenn der Entleiher bemerkt, daß der Sklave nicht bei ihm bleiben will, wenn er darauf den Eigentümer nicht warnt, wenn der Sklave darauf entflieht, dann sind die Bedingungen für die Haftung des Entleihers gegeben. Und ebenso, wenn er den Sklaven an einen Ort schickt, wo er von Räubern ergriffen werden kann und er wird auch tatsächlich ergriffen, dann haftet der Entleiher so streng: also eine höhere Gewalt, die stark mit culpa durchsetzt ist.

Diese Auffassung wird durch den folgenden Text bestätigt: „Wenn dieser Mensch aus freien Stücken irgendwo

hingeht und unterwegs Räubern in die Hände fällt, so ist derjenige, welcher ihn unter Aufsicht oder zu Dienstleistungen bei sich hatte, von jeder weiteren Verantwortlichkeit entbunden, wenn er dem Besitzer eidlich versichert, daß er ihn nicht geschickt und ihm keine Veranlassung gegeben habe, ihn zu verlassen; jedoch ist er verpflichtet, den Abhandengekommenen in Gemeinschaft mit dem Eigentümer desselben zu suchen. Bewahrheitet sich der Eid, nachdem jener Mensch aufgefunden wurde, so muß letzterer dem Eigentümer zugestellt und die vom Räuber eingezogene Geldstrafe zu Gunsten desjenigen verwendet werden, bei dem der Geraubte im Dienst und unter Aufsicht gestanden hat, als Entgelt dafür, daß er unschuldigerweise den Eid leisten mußte. Wenn die Diebe und Räuber diesen Menschen bei Gelegenheit eines unvermuteten Ueberfalles auf das Haus desjenigen, bei dem er bedienstet war, ergreifen und fortführen, so ist dieser verpflichtet, den Eigentümer mit dem halben Geldwerte jenes Menschen zu entschädigen und ihn gemeinsam mit dem Eigentümer aufzusuchen. Nachdem dieser Mensch aufgefunden ist, muß er dem Eigentümer zugestellt werden. Vom Räuber soll aber der von diesem Menschen repräsentierte Geldwert und außerdem noch eine besondere Geldstrafe erhoben werden, welche zwischen dem Eigentümer und demjenigen, in dessen Dienste der Mensch gestanden hat, geteilt werden muß, weil letzterer erstens die Hälfte des Geldwertes jenes Menschen im voraus entrichtet hat, zweitens in Gemeinschaft mit dem Eigentümer gesucht hat, und weil er drittens aus seinem Hause entführt wurde"[42]).

Aehnliche Prinzipien bezüglich des Viehes offenbart der folgende § 211[43]): „Wer fremdes Vieh in Verwahrung nimmt, der muß dem Eigentümer, falls es abhanden kommt, vollen

---

[42]) Die Ausführlichkeit dieser Bestimmung zeigt, wie sehr in Grusien räuberische Ueberfälle an der Tagesordnung waren, daß die Unsicherheit der Verhältnisse sogar spezielle zivilrechtliche Bestimmungen erforderte.

[43]) Vgl. hierzu § 157 und § 168 in Karst, Armenisches Rechtsbuch I.

Ersatz leisten und selbst vom Diebe Genugtuung fordern; in gleicher Weise muß er dem Eigentümer Ersatz leisten, wenn das Vieh infolge schlechten Unterhaltes oder übermäßiger Arbeit[44]) abmagert und zu Grunde geht, oder wenn es von wilden Tieren oder vom Feinde vernichtet wird. Wenn das Vieh an Blindheit oder an einer anderen Krankheit zu Grunde geht, so hat er dem Eigentümer desselben die Haut und das Fleisch vorzulegen und hat im übrigen keine Verantwortung zu tragen."

Wie der Mißbrauch von lediglich zur entgeltlichen Verwahrung übernommenem Vieh durch Arbeitsleistung beurteilt wird, zeigt § 230 W: „Wer gegen Entgelt fremdes Vieh zur Weide oder Fütterung nimmt und es zu Arbeitsleistungen benützt, infolge deren es zu Grunde geht oder Schaden nimmt, der muß dem Besitzer Entschädigung leisten."

Eine Ergänzung des § 211 W (s. o.) bietet der folgende Text: „Wenn das von ihm übernommene Vieh infolge seiner Fahrlässigkeit zu Grunde geht, so muß er dem Besitzer desselben drei Viertel seines Wertes zahlen. Wenn es schon vorher krank war und durch Krankheit zu Grunde ging und er den Eigentümer hiervon überzeugt, so hat er keine Verantwortung zu tragen."

Eine Miete im technischen Sinne enthält § 229 W. Für sie kommen bezüglich der Haftung von der Leihe durchaus verschiedene Vorschriften in Anwendung: „Wer einen Menschen mietet, ihn in einen Feldzug, ins Wasser oder auf einen Baum u. s. w. schickt[45]), und dieser büßt bei der Erfüllung eines solchen Befehls sein Leben ein oder wird verstümmelt, so ist jener für sein Blut nicht verantwortlich, denn er starb gegen Entgelt." Hierin liegt das Prinzip. „War er" — nun kommt eine dem § 210 analoge Bestimmung — „von seinem

[44]) Danach erscheint der obige Ausdruck des Gesetzes „Verwahrung" ungenau.

[45]) Man achte auf die Zusammenstellung.

Herrn für Dienstleistungen erbeten oder geraubt und gewaltsam ausgeschickt worden, so hat der Urheber seines Unglücks die volle Entschädigung für sein Blut zu leisten"[46])[47]).

III. Resultat: Die wichtigsten Prinzipien des national-grusinischen Schuldrechts.

Kohler leitet in seiner Abhandlung „Das Recht der Armenier"[48]) das Obligationen- und Pfandrecht mit folgender allgemeinen Bemerkung ein: „Die Rechtsentwicklung strebt der vollen Bindung der beiden Kontrahenten durch den Vertragsschluß zu; allein dieses Ziel wird oft erst nach langer Entwicklung erreicht. Eine wichtige Zwischenstufe ist es, wenn der Vertrag erst bindend wird, sobald ganz oder teilweise geleistet ist, so daß nicht schon das Wort, sondern erst die res die verbindende Kraft besitzt. — Dies ist der Standpunkt des Armenischen Rechtes." Im Hinblick auf den § 161 W, in welchem der Satz: „sobald aber der Kaufbrief unterschrieben ist, so ist er — der Kauf — unverbrüchlich" das Hauptinteresse in Anspruch nimmt, ist für das grusinische Recht zu konstatieren, daß es nach dem obigen dem armenischen Recht in der Entwicklung voraus ist: bezüglich des Kaufes tritt die volle Bindung der Parteien durch den Vertragsschluß ein. Ob es erlaubt ist, dies Prinzip auf alle gegenseitigen Verträge im

---

[46]) Vgl. § 149 in Karst, Armenisches Rechtsbuch I.

[47]) Um noch eine letzte Ergänzung der obligatorischen Bestimmungen vorzunehmen, so kann man vielleicht aus § 71 Ag auf Ansätze zu einem gesellschaftähnlichen Verhältnis schließen. Er lautet: „Wenn der Gefährte eines Bauern sich von ihm trennen will, so muß man das von ihm Hinzugebrachte und das während der Genossenschaft Erworbene ihnen zu gleichen Teilen zuweisen. Wenn aber jener irgend etwas eigenmächtig entwendet, so geht er auch seines Anteils am käuflich erworbenen Landbesitz verlustig."

[48]) A. a. O. S. 409 ff.

grusinischen Schuldrecht zu übertragen, ist deshalb unnötig zu erwägen, weil sie, abgesehen davon, daß ihrer wenige ausdrücklich präzisiert werden, nicht entfernt die Bedeutung des Kaufinstituts haben und für die Feststellung dieses Prinzips der Beweis durch dies Institut vollkommen genügt. Daß der Darlehensvertrag ein Realkontrakt ist, liegt in der Natur der Sache. Ein pactum de mutuo dando innerhalb der immerhin primitiven obligatorischen Bestimmungen als denkbar anzunehmen, halte ich für ausgeschlossen.

Der Kauf offenbart noch ein wichtiges Prinzip des grusinischen Obligationenrechtes: die Tendenz zur streng formellen Bindung, teilweise wie beim Kauf, bei der Bürgschaft am Ziele der Entwicklung, teilweise wie bei der Haftung für anvertraute Gegenstände, beim Darlehen in vollem Flusse. Es erscheint dieses Formgebot wie eine Reaktion auf den gewaltigen Schritt vorwärts der Bindung durch den bloßen Vertrag. Das Ideal ist formlose Vertragsbindung. Es ist bei dem noch immer unentwickelten Rechtsgefühl der Grusier noch in weiter Ferne. Nicht nur Schriftlichkeit wird für den obligaten Kaufbrief erfordert, sondern auch Bekräftigung durch einen glaubwürdigen Zeugen und Anlegung eines Siegels[49]). Daß diese formalen Schwierigkeiten geradezu zur sofortigen effektiven Leistung auffordern, ist klar.

Daß sich die Haftung für Schuld im Gegensatz zum armenischen und syrisch-römischen Recht[50]) nicht auf die Person des debitor beschränkt, sondern auch andere, besonders Verwandte, erfaßt, ist oben schon ausdrücklich festgestellt.

Gedanken der aequitas finden sich aller Orten im Vertragsrecht. Ich erinnere hauptsächlich an die Haftungsbeschränkungen beim Darlehen, an die Bestimmungen bei der remuneratorischen Schenkung.

Ebenso finden der dolus und die culpa im Schuldrecht

---

[49]) Vgl. Karst, Armenisches Rechtsbuch II, S. 239.

[50]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 411.

ihren wichtigen Platz. Ich zitiere § 173 Ag., wo von der dolosen Verschweigung von Viehmängeln gesprochen wird, und ferner an die Folgen der Fahrlässigkeit in § 210 W.

In § 207 W und § 148 W findet die vis maior bedeutsame Berücksichtigung.

Datio in solutum ist der Zahlung gleichwertig.

Das Zinsennehmen ist im Gegensatz zum mosaisch-islamitischen Recht [51]) durchaus und in erstaunlicher Höhe erlaubt.

Merkwürdigerweise findet sich im Prinzip keine Bestimmung über die Verjährung der Ansprüche [52]), ein Beweis dafür, daß das Schuldrecht trotz der oben angeführten, auf hoher Stufe stehenden Hauptprinzipien in seiner praktischen Bedeutung noch nicht zu Ende gedacht ist und weit davon entfernt ist, eine wenn auch nicht äußerlich als solche erkennbare, so doch innerlich fest umrissene und in allen Teilen konsequente, lebendige Rechtsdisziplin zu sein.

---

[51]) Vgl. Kohler a. a. O. S. 412.

[52]) Vgl. Holldack a. a. O. S. 97, Anm. 5.

XII.

Die Strafe im ältesten polnischen Recht.

Selbstanzeige.

Von

Marceli Handelsman
in Warschau.

Die Strafe im polnischen Recht wurde mehrfach Gegenstand von rechtsgeschichtlichen Untersuchungen. Die einen Forscher (Lelewel, Hube u. a.) haben aber das Recht als eine vom übrigen Sozialleben abgesonderte rein formelle Erscheinung betrachtet und den Zusammenhang des Instituts der Strafe einer gegebenen Periode mit seiner geschichtlichen Vergangenheit verkannt; für die anderen (Maciejowski, Jirecek, Kohler u. a.) war das polnische Recht überhaupt eine subsidiäre Quelle für ihre rechtsvergleichenden Untersuchungen. Die Frage der geschichtlichen Entwicklung der Strafe im polnischen Recht ist offen geblieben und harrt ihrer Lösung. Das neu erschienene Buch des Unterzeichneten will versuchen, diese Lösung zu geben[1]).

Die Quellen des polnischen Strafrechts (Urkunden, Chroniken und Rechtsbücher) reichen nur in das 13. und 12. Jahr-

[1]) Marceli Handelsman, Geschichte des polnischen Strafrechts, Bd. I. Die Strafe im ältesten polnischen Recht (Historja polskiego prawa karnego Tom I, Kara w najdawniejszym prawie polskim). Warschau 1908, p.p. 266. Bd. II („Das Strafrecht in den Statuten Kasimirs d. Großen") erscheint Herbst 1908.

hundert zurück. Nach den vier Hauptstämmen, aus welchen das polnische Volk entstanden ist, sind vier Rechtsgruppen zu unterscheiden: die großpolnische, die schlesische, die klein- und nordpolnische (masovisch-kujavisch-pomerellische). Die systematische Untersuchung der Strafe in jeder dieser Rechtsgruppen ermöglicht den allgemeinen Charakter des polnischen Strafrechts im 12. und 13. Jahrhundert und den Entwicklungsgang der Strafe nach den Ueberbleibseln älterer Zeiten mittels rückschlußartiger Forschungsmethode darzustellen.

Bis zum Ende des 13. Jahrhunderts hat das polnische Strafrecht einen ausschließlich gewohnheitsrechtlichen Charakter. Es ist ein Fürstenrecht: nach dem damaligen sozialen Bewußtsein ist der Fürst der Träger der höchsten und unbegrenzten Gewalt. Diese fürstliche Allmacht wird aber schon im Laufe des 13. Jahrhunderts umgestaltet. Sie wurde nämlich einerseits durch den sich entwickelnden Formalismus des Prozesses, anderseits durch die Privilegien der weltlichen und geistlichen Großen und durch die Gesetze im engeren Sinne bedeutend beschränkt.

Die Ueberbleibsel, die sich in den Quellen befinden, lassen vermuten, daß in den ältesten Zeiten neben dem fürstlichen Strafrecht noch zwei andere Arten von Strafrecht gelten mußten. Neben der durch den Fürsten ausgeübten öffentlichen Rache existierte auch die Privatrache. Sie bildete nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht. Noch im 13. Jahrhundert begegnen wir regelrechten Fehden zwischen verschiedenen Sippen, die durch die Einmischung des Fürsten als Schiedsrichters beigelegt wurden. Die Fehden wurden unterbrochen, wenn die eine der Parteien (der Verbrecher) der anderen einen Loskauf geleistet hat. Der Familienfrieden unterliegt der Obhut der ganzen Familiengemeinschaft, die durch alle männlichen Mitglieder unter dem Vorsitz des Aeltesten vertreten wird. Diese haben das Recht und die Pflicht, den Verbrecher, welcher die unantastbaren Rechte der Gemeinschaft verletzt, zu bestrafen.

Es sind auch die Spuren der Volksrache bemerkbar. Das ganze Volk, als Rächer, vertritt die beleidigte Gottheit. Es kennt nur eine einzige Strafe — den Tod. Die Todesstrafe ist aber schon im 12. Jahrhundert differenziert: die Edleren werden enthauptet, die Verbrecher aus dem niederen Volke werden gesteinigt (Gallus).

Die Ausübung der öffentlichen Rache, welche mit der Zeit an Stelle der Volksrache tritt, geht auf den Fürsten über. Nur subsidiär und in Ausnahmefällen erscheint noch die eigentliche Volksrache. Der Monarch wird zum Vertreter der Gottheit auf Erden, zum Vermittler zwischen der Erde und dem Himmel. Er rächt die Verletzungen der Rechte der Gesamtheit, zu denen auch die Verletzungen der persönlichen Rechte des Fürsten gehören, er schützt den öffentlichen Frieden.

Die Stärkung der strafrechtlichen Gewalt des Fürsten wird insbesondere durch das Christentum gefördert, denn es werden durch seine Einführung alle Bande aufgelöst, welche den Fürsten an das alte Volksrecht fesselten.

Im öffentlichen Leben beginnt die Gnade des Fürsten eine außerordentlich große Rolle zu spielen. Der Verlust dieser Gnade gilt als ein Unglück, er gleicht beinahe einem Todesurteil (Boleslaus I.). Die Ungnade wird zur Quelle der Strafe.

Als Hauptstrafe bürgert sich die Ausweisung des Verbrechers, verbunden mit der Einziehung seines Vermögens, ein; aus ihr (als Schwächung der Todesstrafe) entwickeln sich allmählich mehrere andere Strafformen. Die Todesstrafe wird meistenteils durch körperliche Strafen (Verstümmelungen) ersetzt.

Die Strafe als öffentliche Rache verfolgt nur die öffentlichen Verbrechen, die Verbrechen gegen den Landfrieden, „herres hant“. Außer diesem Landfrieden entstehen aber allmählich Markt- und Straßenfrieden, welche der Obhut der Richter, nicht derjenigen des Fürsten unterliegen.

In den ältesten Zeiten unterliegen der Privatrache alle

Privatverbrechen, auch die gegen das Leben. Die Privatrache befindet sich aber schon im 12. Jahrhundert im Verfall, sie wird durch den Loskauf verdrängt; dieser nimmt aber gleichzeitig die Form von systematisierten Geldstrafen an. Er dringt in das Gewohnheitsrecht immer tiefer ein.

Es wird ein Uebergang von objektiver zur subjektiven, symbolischen Talion bemerkbar, Diethmar sagt über die Zeiten des Mieszko: „Per follem testiculi clavo affligitur et novacula prope posita hic moriendi sive de hiis absolvendi dura eleccio sibi datur“ vom Ehebrecher, „et si qua meretrix inveniebatur in genitali suo turpi et pena miserabili circumdebatur, idque si sic dici licet preputium in foribus suspenditur, ut intrantis oculas in hoc offendens in futuris rebus eo magis sollicitus esset et prudens“. Mit der Zeit wird es anders: Boleslaus II. läßt den ehebrecherischen Frauen zur Strafe junge Hunde an die Brüste anhängen. Die Talion wird allmählich durch die Geldstrafen ersetzt.

Diese finden auch in das Fürstenstrafrecht Eingang und beginnen hier eine bedeutende Rolle zu spielen. Sie werden indirekt auch dadurch befördert, daß die Kirche die Todesstrafe eifrig bekämpft. Schon im 13. Jahrhundert bilden sie den Hauptteil des Strafsystems. Die Geldstrafen treten auch an Stelle der fürstlichen (öffentlichen), wie der privaten Rache.

Jede Geldstrafe besteht aus drei Teilen: der eine gehört dem Fürsten, der andere dem Richter, der dritte dem Verletzten. In den Quellen werden im allgemeinen nur die zwei ersten Geldstrafenteile erwähnt; dem dritten Teile begegnen wir nur dann, wenn es sich um das Bauerntum handelt. Das groß- und nordpolnische Strafsystem besitzt eine eigene Terminologie im Unterschied zu der des schlesisch-[2]) und kleinpolnischen Systems.

---

[2]) Ueber Schlesien vgl. „Die Strafe im polnisch-schlesischen Rechte im 12. und 13. Jahrhundert“. Zeitschr. für vergl. Rechtsw., Bd. XVIII, S. 209—265.

Die Geldstrafe hat im 13. Jahrhundert einen vorwiegend öffentlichen Charakter; die Privatstrafe erscheint als ein Teil der öffentlichen Geldstrafe. Bei Leibeigenen erhält der Patrimonialbesitzer alle drei Teile der Geldstrafe; bei freien Bauern fällt dem Herrn die Strafe für das Verbrechen und für den Landfriedensbruch (d. h. die zwei ersten Teile) zu, den dritten Teil (Wergeld?) erhält der Verletzte (ad quem de jure pertinuerit).

Es gibt — je nach der Strenge — mehrere Arten und dementsprechend auch mehrere Benennungen der Geldstrafen, nämlich: siebzig, fünfzig, dreißig, fünfzehn, zwölf, sechs Marken und dreihundert. Der Nominal- und der Realwert der Strafen decken sich aber nicht. Art. 20 des in den Ordensländern im 13. Jahrhundert entstandenen Gewohnheitsrechtsbuches sagt:

> „Umb di busen, dy by vor benannt zin von marken, sie wissentlich, daz dry mark geachtit sin vor eine rechte marg; wen man abir VI mark buset daz sint newn scot. Wo von dy buse, dy dry hundirt ist genant, den namen habe, daz sy wissende. Hy bevor pflog man zcu polen stuekelin zalczes zcu machen, der hiz eines eyn Krusch. Der buste man de dry hundirt. Nu abir des zalczes vorpflogen ist, un heiset noch dy busse dry hundirt. Do vor ist eczwo gewillekort, daz man gebet ein scot. Under willen zco ouch dy richter zo genedig, daz ze nemen vor dy buze vir hunne, adir czwey, adir eines. Wen man abir VI mark buszit, do vor nymt underwillen der richter vumf scot, adir dry, adir eyn lot."

In Großpolen wird — nach einer Urkunde — eine Kuh oder ein Maß Honig als eine Strafe von sechs Marken angenommen; gemäß einer kleinpolnischen Urkunde wird das Stehlen mit einer Strafe von drei Maß Honig belegt. Die Fürstin Kunegunde bestimmt aus Mitleid (misericordia), daß in ihren Gütern anstatt der Strafe von sechs Marken si juratum est, IV scoti, si vero non, duo persolvantur, und anstatt

der „Dreihundert"-Strafe, si juratum sit, duo scoti, si vero non, unum dabunt pro nobis judicibus constitutis.

Das vorhandene Quellenmaterial gestattet uns folgendes festzustellen: 1. Die Strafen von zwölf bis siebzig bilden ein System, diejenigen von sechs Marken und dreihundert ein zweites System. 2. Im 13. Jahrhundert ist der nominelle Wert der Strafen des ersten Systems dreimal so groß, wie der ihm entsprechende reelle Wert. 3. In den Strafen des zweiten Systems ist das Verhältnis ihres reellen und nominellen Wertes unbeständig: jede Strafenart hat neben Geldsurrogaten, wie z. B. Vieh und Honig im 12. Jahrhundert, mehrere Werte je nach den lokalen Unterschieden; es läßt sich nur feststellen, daß die Strafe von sechs Marken im Prinzipe zweimal so groß ist, wie die Dreihundertstrafe.

Das Vorhandensein dieses Unterschiedes hat eine rege Literaturbewegung hervorgerufen. Man beschäftigte sich aber nur mit der formellen Seite der Frage. Stellen wir die Ergebnisse der bisherigen Forschungen von Helcel, Lelewel, Malecki, Przyborowski, Piekosinski in einer kritischen Uebersicht kurz zusammen, so erhalten wir das folgende Bild.

Beim Beginn des Staatslebens wurden nebeneinander Geldmarken, Pelz, Vieh, Honig, Salz und Tücher als Austauschmittel gebraucht. Jede Kulturstufe erzeugt die ihr eigentümlichen Güter, die als Mittel zur Erfüllung von Verpflichtungen gebraucht werden. Allmählich verlieren diese Güter ihren Umtauschwertcharakter, sie werden vielmehr zu Geldsurrogaten. Jede neue Kulturstufe schafft neue Geldsurrogate, die alten bleiben aber fernerhin bestehen. Es erscheinen endlich Metalle, die in der Form des Geldes am besten den Bedürfnissen des Marktes entsprechen. Aber auch nach dem Erscheinen des Metallgeldes verschwinden die Geldsurrogate nicht vollständig: ihre Nachwirkung äußert sich im Namen des Geldes („scot"), in den üblichen Zahlungsterminen und ähnlichem. Neben den Metallmarken bestehen auch Pelzmarken (Kuny). Es werden dann auch Geldmarken (Geld) eingeführt.

Die erste polnische Marke war klein; sie enthielt ungefähr 40 g Silber. Die Strafen des ersten Geldstrafensystems wurden mit diesen Marken gezahlt. Es war das System der eigentlichen Kompositionsgelder und es hat sich in kurzer Zeit an das neue Umtauschmittel (Geld) angepaßt. Nachdem sich aber die Geldmarke allmählich ums dreifache vergrößert hat (im 13. Jahrhundert wiegt die polnische Marke 158,883 g), entstand ein großer Unterschied zwischen dem Namen und dem Werte der Strafen.

In der bisherigen Literatur hat die Frage der Koexistenz, des Nebeneinanderseins von zwei verschiedenen Geldstrafensystemen, keine Berücksichtigung, geschweige denn eine Lösung gefunden.

Nach unserer Hypothese stellt das zweite System die Territorialgeldstrafen dar. Noch im 13. Jahrhundert besitzt die territoriale Gemeinschaft, das Opole, die polizeiliche Gewalt in ihrem Sprengel. Sie haftete auch für alle auf ihrem Gebiete verübten Landfriedensbrüche.

Die Kompositionen in den Sippenfehden bildeten die Quelle des ersten Systems; das zweite entstand aus dem Repressalienrecht, welches den Territorialgemeinden zugehört haben muß. Das Fehderecht wird als Beitragszahlungspflicht an den Fürsten erachtet. Diese Pflicht erscheint aber erst nach der endgültigen Ausbildung des Staatswesens, als sich der Staat als eine höhere Einheit über die Territorialgemeinden erhebt. In den Territorialgemeinschaften, wo die reine Naturalwirtschaft später verschwindet, bleiben auch die Surrogatzahlungen länger bestehen. Erst in der zweiten Hälfte des 11. Jahrhunderts verschwindet der Unterschied zwischen den beiden Systemen: eine der Territorialstrafen erhält den Namen „sechs Marken" und beide werden in Geld bezahlt. Die Zahlung hat aber noch im 12. und 13. Jahrhundert keinen ständigen Wert: er schwankt je nach der Gegend und je nachdem, was für einen Wert eine Kuh oder ein Maß Honig im Momente des Ueberganges zur Geldwertung hatte.

Die Geldstrafen greifen immer tiefer in das Strafrechtsleben ein; sie unterliegen auch einer Umwandlung. Das Strafrecht wird von der allgemeinen sozialen Entwicklung stark beeinflußt. Die Höhe der Strafe hängt nicht nur von der sozialen Stellung des Verbrechers, nicht nur von der Art des Verbrechens, sondern auch von der sozialen Stellung des Verletzten ab. Nach der Vereinbarung zwischen Kasimir, dem Fürsten von Kujavien und Leńczyea, und dem Orden (1252) sollte für das Haupt eines edlen Ritters dreißig Mark, für einen gewöhnlichen fünfzehn und für den miles ficticius und das gemeine Volk sechs Mark Buße bezahlt werden.

Die Ausübung der Strafe wird gewohnheitsrechtlich durch den Prozeßformalismus geregelt. Die Willkür des Fürsten (bezw. des Richters) wird tatsächlich immer mehr durch den Einfluß der maßgebenden Gesellschaftsklassen beschränkt. Theoretisch ist aber die Fürstengewalt immer noch grenzenlos. Dies kann aber nicht mehr lange dauern. Der Druck der stärkeren Gesellschaftsklassen einerseits, die Stärkung der königlichen Gewalt anderseits führen zu einem neuen Aufbau der Strafidee. Diese Aufgabe wurde dem 14. Jahrhundert vermacht: sie ist von den Statuten Kasimirs des Großen gelöst worden.

Literatur.

Kurze Besprechungen

von **Josef Kohler.**

Caleb, Albert, De la responsabilité des administrateurs dans les sociétés anonymes en droit français et suisse (Genève 1906, Georg & Cie.)

gibt schätzenswerte Ausführungen über die Haftung des Vorstandes der Aktiengesellschaften nach den verschiedenen Gesetzgebungen und betont mit Recht, wie wenig zutreffend es ist, bei Mängeln in der Gründung der Gesellschaft Nichtigkeiten anzunehmen, denn damit wird am meisten das Publikum geschädigt. Wie das deutsche Recht dem entsprochen hat, ist ja bekannt.

Hoegel, Geschichte des österreichischen Strafrechts, Heft 2 (Wien 1905).

Das zweite Heft des Werkes enthält die Darstellung der vorsätzlichen Straftaten gegen Leib und Leben und verfolgt sie von der lex Bajuvariorum bis zu dem jetzigen österreichischen Strafgesetzbuch. Das Werk ist als Sammlung schätzenswert, namentlich durch die reiche Fülle von Weistümern. Man vergleiche z. B. das Recht gegen die Loser (Horcher) im Weistum von Heiligenkreuz aus dem 15. Jahrhundert S. 84: Wenn jemand in ein Haus schleicht, um zu horchen, und der Wirt fragt ihn, wer da, und der dritte Fremde antwortet nicht, dann kann ihn der Wirt erstechen und hat dann drei Pfennig auf die Wunde zu legen: damit ist er gegenüber den Verwandten und gegenüber den Gerichten frei. Solches findet sich in einer Menge von Weistümern. Dagegen fehlt es dem Werke an wissenschaftlicher Bearbeitung, auch manchmal an

richtiger Kritik. So ist die Carolina und Bambergensis nach der veralteten Ausgabe von Zoepfl wiedergegeben!!

Iger, Arthur, Die Rechtsprechung des Berliner Kaufmannsgerichts (Otto Dreyer, Berlin)

bietet manches Anmutige. So z. B. wurde es nicht als Entlassungsgrund behandelt, daß ein Handelsgehilfe das Dienstmädchen des Direktors geküßt; eine verbotene Telephonbenutzung durch eine Verkäuferin sollte ebenfalls nicht als Lösungsgrund betrachtet werden, weil sie selber nur, von einem Herrn angerufen, ans Telephon kam und diesen sofort abfertigte; und als eine Geschäftsdame wegen zu vielen Parfüms entlassen werden sollte, wurde die Art des Parfüms genau geprüft. Man sieht: die Kaufmannsgerichte fördern die elegante Jurisprudenz.

Ueber das Gebiet der Jurisprudenz hinaus führt Karmin, Zur Lehre von den Wirtschaftskrisen (Heidelberg 1905), welcher sich mit den Ursachen der Krisen und den Mitteln der Abhilfe befaßt. Eine Linderung wäre gegeben, wenn Mittel vorhanden wären, wonach sich selbsttätig (automatisch) der Konsum der Produktion anpaßte.

Weiter sei erwähnt:

Kirschberg, Dr. Manfred, Der Postscheck. (Leipzig 1906, C. L. Hirschfeld.)

Den Scheckverkehr in die niederen Kreise zu tragen durch Gründung von Volks- und Post- oder anderen Sparkassen, welche dem Scheckverkehr sich eröffnen, ist Aufgabe der neuen Gesetzgebung, welche von dem Verfasser in gründlicher Weise besprochen wird, so insbesondere auch das neue Schweizer Gesetz über den Postscheck und Giroverkehr vom 16. Juni 1905.

Rüdiger-Miltenberg, Der gerechte Lohn (Berlin 1904),

schlägt eine Regelung des Arbeitsvertrags in der Art vor, daß der Lohn der Arbeit bemessen werde nach ihrem Produktionswert in Verbindung mit einem Gewinnanteil, der den Umständen entspreche unter Betrachtung des Unternehmens als eines gesellschaftlichen. Die Schwierigkeit liegt aber gerade in der richtigen Feststellung eines derartigen Gewinnanteils; anderseits wird es sich fragen, ob

den Arbeitern nicht besser damit gedient ist, wenn dieser nach Umständen wechselnde Gewinnanteil mit einer reichlich bemessenen festen Summe abgelöst wird.

Striebinger, Wilhelm, Der Begriff der Abnahme bei Kauf- und Werkvertrag (München, Theodor Ackermann, 1906),

behandelt die Abnahme und Abnahmepflicht beim Kauf und Werkvertrag und kommt dabei zu der Ansicht, daß die Abnahme nicht ein Gläubigerhandeln, sondern ein Schuldnerhandeln sei. Etwas bemerkenswert Neues bringt er für diese grundirrige Ansicht nicht bei.

Telting, Altniederländische Seerechte. Haag 1907.

Aus den Rôles d'Oléron ist das „Wasserrecht" hervorgegangen, das als wisbysches Seerecht den Norden beherrscht hat. Vermittelungsstufen, die bisher teilweise nur ungenügend durchgearbeitet waren, sind durch die Bemühungen des verstorbenen Telting nunmehr in sauberer Weise an das Licht gerückt; die gegenwärtige Ausgabe gibt den Text samt den Rôles d'Oléron und der Ausgabe von Tex in synoptischer Zusammenstellung.

In meinen Berliner Beiträgen (R. v. Deckers Verlag, Berlin) erschien außer Hellwig, Asylrecht, das bereits (XVIII S. 473) erwähnt worden ist, eine Schrift von Emil Cohn über den Wucher im Islam, eine Schrift von mir über Handelsverträge zwischen Genua und Narbonne, eine Schrift von Rundstein über das Recht der Kartelle, eine Schrift von Heinemann über das Crimen falsi in der altitalienischen Doktrin, eine Schrift von Holz über die Prämiengeschäfte (auf Grund einer Gedankenreihe, die in meinem Lehrbuch weiter ausgeführt ist), von Beckmann über die Vielehe in der Türkei, von Trumpler über die Geschichte der römischen Gesellschaftsformen, von Petimesas über den Zwangsvergleich im griechischen Recht und eine Schrift von Klee über den dolus indirectus; sodann als 11. Lieferung Reis, Th., Zeichnung und Uebernahme der Aktien, eine anerkannt gründliche Untersuchung der erst neuerdings vom richtigen Gesichtspunkt aus behandelten Fragen.



